

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

QUELLES OBLIGATIONS SONT DIVISIBLES

ET

QUELLES SONT INDIVISIBLES ?

DROIT FRANÇAIS

RECOURS DE L'HÉRITIER
QUI A PAYÉ LA TOTALITÉ DE LA DETTE
HYPOTHÉCAIRE DU DÉFUNT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RAOUL BIVILLE

PREMIER PRIX DE DROIT ROMAIN (1882)

DEUX PREMIÈRES MENTIONS DE DROIT CIVIL (1881 ET 1884).

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

QUELLES OBLIGATIONS SONT DIVISIBLES

ET

QUELLES SONT INDIVISIBLES ?

DROIT FRANÇAIS

RECOURS DE L'HÉRITIER
QUI A PAYÉ LA TOTALITÉ DE LA DETTE
HYPOTHÉCAIRE DU DÉFUNT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

CAD.
GD. BAT.
BIBL.

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
Lundi 12 Mars 1888, à une heure et demie

PAR

RAOUL BIVILLE

PREMIER PRIX DE DROIT ROMAIN (1882)

DEUX PREMIÈRES MENTIONS DE DROIT CIVIL (1881 ET 1884).

Président : M. GARSONNET.

Suffragants : { MM. DEMANTE, Professeur.
BEUDANT, id.
LE POITTEVIN, Agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOELLIER, 13

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MES PARENTS DÉVOUÉS

*Je fais hommage de ce travail, fruit d'études
auxquelles leur amour et leur sollicitude m'ont permis
de me consacrer.*

DROIT ROMAIN

QUELLES OBLIGATIONS SONT DIVISIBLES ET QUELLES SONT INDIVISIBLES ?

AVANT-PROPOS

Il serait puéril à nous d'insister ici sur les difficultés inhérentes à la théorie de l'indivisibilité. En les abordant après tant d'autres, nous n'avons pas eu la témérité de croire que nous arriverions à les résoudre toutes ; nous nous sommes proposé d'introduire en cette matière l'ordre, la méthode, et par suite la clarté qui, malgré le fameux ouvrage de Dumoulin (*Extricatio labyrinthi dividui et individui*, oct. 1561), semblent en être bannis.

A cet effet, le premier soin nous a paru être de distinguer entre les diverses applications de la notion d'indivisibilité. En elle-même cette notion est assez simple, elle éveille l'idée de quelque chose qui ne peut se diviser, se fractionner en parties ; mais, dès qu'on arrive à l'appliquer aux diverses institutions juridiques, on remarque que les caractères par lesquels elle se manifeste et surtout les conséquences qu'elle entraîne, varient avec chaque insti-

tution. De sorte qu'il est bien difficile, pour ne pas dire impossible, de faire un traité de l'indivisibilité en général; en le tentant, on risque d'accumuler dans un amas confus une foule de règles et de solutions voisines sans doute, mais qui, ayant un champ d'application propre, peuvent quelquefois paraître contradictoires. Voilà l'obstacle que Dumoulin, malgré son érudition et son talent, n'est pas parvenu à surmonter, ce qui rend la lecture de son ouvrage tellement difficile et indigeste qu'elle n'est guère profitable.

Ce qu'il faut, c'est étudier l'indivisibilité séparément dans chacune de ses applications : obligations, droits réels, accomplissement des conditions, choix dans les obligations alternatives et de genre, qualité d'héritier, aveu, etc. C'est seulement en procédant ainsi qu'on peut avoir des chances d'arriver, dans chaque cas, à une théorie logique et claire.

Cette théorie, nous avons cherché à la construire pour les obligations, en la dégageant de tout ce qui pourrait l'encombrer et par suite l'obscurcir, en éliminant notamment ce qui a trait aux applications voisines de l'indivisibilité quant aux conditions et au choix. Nous avons constaté que les textes des jurisconsultes romains, relatifs à notre matière ainsi allégée, fournissent un ensemble de principes et de déductions aussi bien coordonné qu'en tout autre matière juridique.

Dans le présent travail, nous nous sommes limité à l'étude de la classification en elle-même, de la répartition des obligations en divisibles et indivisibles, nous réservant de revenir ultérieurement, si l'occasion s'en présente, à l'exposé des conséquences soit de la divisibilité d'une obligation, soit de son indivisibilité.

PRÉLIMINAIRES

DÉFINITION. — INTÉRÊT DE LA DISTINCTION. — PLAN.

Une obligation est dite divisible ou indivisible, selon que son objet est ou n'est pas susceptible de division (1). Or, l'objet d'une obligation, c'est ce qui est dû, le *debitum*, c'est-à-dire la prestation que le débiteur doit fournir. L'obligation est donc divisible lorsque la prestation qui en est l'objet (2) peut se faire par parties (3), indivisible lorsqu'elle ne peut pas se faire par parties.

(1) Dumoulin, *op. cit.*, *pars* II, n° 200 « *Omnis individuitas procedit ex natura et qualitate intrinseca rei debitæ.* » Doneau, *De jure civili*, L. XV, chap. VI, n° 3 « *Omnis stipulatio aliaque obligatio omnis non dividitur quæ est earum rerum quæ divisionem non recipiunt. Res ita definita in l. 72 pr., V. O., ut intelligamus dividuitatem aut individuitatem ex rebus in obligationem deductis pendere.* »

Qu'on ne s'étonne pas de voir attribuer à l'obligation le caractère de son objet. L'idée d'obligation, en effet, (*vinculum juris*), est une idée abstraite, immatérielle, que notre intelligence ne saurait concevoir sans l'appliquer à un objet, à son objet. Le caractère divisible ou non de cet objet se communique à l'obligation elle-même. Quelque chose de tout à fait semblable se produit en droit français : les biens incorporels, les droits, sont qualifiés de meubles ou d'immeubles selon la nature de l'objet auquel ils s'appliquent (Art. 526 et 529, Code civil).

(2) Nous n'envisageons ici la prestation que comme l'objet d'une obligation (*fundum Titianum dare spondes ?*). Il arrive en effet qu'une prestation fasse l'objet d'une condition mise soit à la naissance, soit à l'extinction d'une obligation, qu'elle soit *in conditione non in obligatione* (*si fundum Titianum non dederis centum dare spondes ?*) ; la théorie qui intervient alors est celle de l'indivisibilité de la condition, théorie qui est hors du cadre de notre étude.

(3) Dumoulin, *pars* II, n° 201 « *Toties obligatio,, dividua est quoties debitum pro parte præstari potest.*

Mais à quoi bon, se demandera-t-on peut-être, rechercher si une prestation peut ou ne peut pas se faire par parties ? Le débiteur doit en effet exécuter son obligation telle qu'elle est née, c'est-à-dire intégralement : le créancier ne peut être forcé d'accepter un paiement partiel (1), pas plus que le débiteur ne peut être contraint à l'exécution d'une partie de sa dette (2).

C'est pourquoi notre distinction ne présente d'intérêt sérieux qu'autant que dans un rapport d'obligation il y a, soit dès l'origine du rapport (3), soit par suite d'un événement postérieur (4), pluralité de personnes au point de vue actif ou passif.

Le cas le plus pratique où il en soit ainsi est la mort du créancier ou du débiteur laissant plusieurs héritiers. La loi des XII Tables proclamait alors la division *ipso jure* des créances et des dettes entre les divers héritiers : « *nomina inter heredes pro portionibus hæreditariis ercta cita sunt* » (5). »

(1) L. 4, *De usur.*, XXII, 1, et L. 13 § 8, *De act. empti*, XIX, 1.

(2) Arg., L. 21, *De reb. cred.*, XII, 1 et L. 10, C., *De jud.*, III, 1.

(3) Plusieurs créanciers : au cas de stipulation faite par un *servus communis* (L. 5, *De stip. serv.*, XLV, 3 ; L. 54 § 1, *V. O.* ; L. 8 pr., *De op. lib.*, XXXVIII, 4) ; ou de contrat passé directement par les divers créanciers, par exemple, vente d'un immeuble par les deux copropriétaires, ils deviennent tous deux créanciers du prix ; v. aussi L. 19, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3.

Plusieurs débiteurs : les textes citent surtout le legs d'une obligation mise à la charge de plusieurs héritiers (L. 44 § 8, *Fam. erc.*, X, 2 ; L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 ; L. 83 § 2, *V. O.*) ; on peut aussi, grâce au droit prétorien, supposer un esclave commun s'obligeant sur l'ordre de tous ses maîtres. Une hypothèse voisine est celle de plusieurs *sponsorés*, la loi *Furia* leur accordait une division de plein droit (Gaius, III, § 121 ; cpr. aussi L. 2 § 4, *V. O.* , où le mot *fidejussoribus* a probablement été substitué à celui de *sponsoribus*.)

(4) Cet événement postérieur ne peut être que la mort du créancier ou du débiteur.

(5) C'est ce que nous apprennent la L. 26, C., *De pact.*, II, 3, au point de vue passif et la L. 6, C., *Fam. erc.*, III, 36, au point de vue actif. V. Ortolan, *Histoire de la Législation romaine*, 12^e éd. par M. Labbé, p. 109, n. 5 ; Bruns, *Fontes juris romani*, 5^e éd. par Mommsen, p. 23, 9 ; Mayoz, III, 4^e éd., § 403, texte et n. 1. Cfr. Cuq, *Nouvelle Revue historique*, an. 1886, p. 518 et stes.

Si l'obligation est divisible, rien de plus facile que d'appliquer cette prescription : l'obligation se divisera et nous aurons désormais autant d'obligations indépendantes que d'héritiers.

Que si, au contraire, l'obligation est indivisible, c'est-à-dire si son objet consiste dans une prestation qu'il est impossible de faire par parties, force est bien, la disposition des XII Tables étant inapplicable, de chercher par quelles règles la situation va être régie.

Cette situation, la voici brièvement avec ses difficultés.

Plusieurs héritiers du débiteur. — Chacun d'eux, ayant succédé au débiteur, est tenu de la dette, et, comme on ne peut concevoir de parties dans cette dette, c'est pour le tout que chacun d'eux est tenu vis-à-vis du créancier. Mais entre eux, c'est proportionnellement à leur part héréditaire qu'ils doivent supporter la charge de la dette ; d'où des recours possibles.

Du côté des héritiers du créancier. — C'est la même situation renversée. Chacun d'eux ayant succédé au créancier, a un droit dans la créance, et, comme il ne peut demander au débiteur une partie de sa créance (puisqu'une telle partie ne peut se concevoir), c'est la totalité que chacun d'eux pourra exiger, sans toutefois que le débiteur puisse être tenu de supporter plus d'une fois la dette. D'un autre côté, chacun des héritiers ayant succédé au créancier pour partie, a droit de profiter pour partie du bénéfice de la créance ; d'où des recours entre eux.

Et cette situation se complique à Rome de ce que, sous le régime de la procédure formulaire, la condamnation est toujours pécuniaire, l'instance engendre l'obligation de *dare pecuniam*, obligation qui est divisible (v. p. 14 et s^{tes}). Le caractère indivisible de l'obligation primitive va-t-il rejaillir sur la condamnation ? Question sur laquelle l'insuffisance des textes a suscité une vive controverse.

Ce très rapide exposé suffit pour montrer la grande importance qui s'attache à la classification des obligations en divisibles et indivisibles.

C'est, avons-nous dit, d'après leur objet que s'opère cette classification. Il faut dès lors parmi les prestations, objets possibles des obligations, rechercher celles qui peuvent s'exécuter par parties et celles qui ne le peuvent pas.

Pour procéder méthodiquement à cette recherche, nous emprunterons la classification des divers objets d'obligation en *dare*, *facere*, *non facere* (1).

(1) On sait qu'au point de vue rationnel, tout objet d'obligation se ramène à un fait ou à une abstention. Mais les jurisconsultes romains, écartant cette idée simple, n'eurent pas ici de doctrine uniforme. L'une des théories qu'ils présentent forme, des objets d'obligation, deux groupes, *dare* et *facere* (comprenant le *non facere*). V. L. 2 *pr.*, V. O. et Accarias, *Précis*, II, n° 507, 1°. Nous nous attachons à cette classification qui présente une certaine importance en notre matière; et c'est dans un simple intérêt de méthode et de clarté que nous séparons le *non facere* du *facere*, les textes que nous aurons à étudier les réunissant toujours pour donner une solution unique.

CHAPITRE PREMIER

Obligationes dandi.

Dare, c'est le fait de transférer la propriété ou même de constituer un droit réel quelconque (1).

L'objet de l'*obligatio dandi* est ce fait, c'est-à-dire l'accomplissement des actes juridiques d'où résulte, en droit romain, le transfert des droits réels. Plus brièvement, l'objet de l'obligation de *dare* est le transfert de la propriété ou du droit réel.

Les cas où une obligation a cet objet sont très fréquents à Rome.

Cela tient à ce que les Romains n'admirent jamais (2) que la seule convention suffit à transférer la propriété ou un droit réel (3); il fallait nécessairement, à cet effet, l'accomplissement de certains actes juridiques spécialement

(1) Propriété. — Gains, IV, § 4: « *Solum id nobis dari intelligitur quod ita datur ut nostrum fiat.* » III, §§ 90 et 99; Inst., § 14, *De act.*, IV, 6; L. 75 § 10, *V. O.*; L. 167 pr., *De reg. jur.*, I, 17.

Droits réels. — « *Usumfructum dare* », L. 3 pr., *De usufr.*, VII, 1; « *Iter, viam dare* », L. 19, *De serv.*, VIII, 3 et L. 136 § 1, *V. O.*; « *Hypothecam dare* », L. 5 § 2, *De pign. et hyp.*, XX, 1.

(2) Même sous Justinien, comme le prouve L. 20, C., *De pact.*, II, 3. Aussi ne croyons-nous pas, malgré les expressions ambiguës des Inst. (II, 3, § 4), que les pactes et stipulations aient, à l'époque de Justinien, suffi pour créer des servitudes comme droits réels.

(3) Réserve faite de l'hypothèque (v. p. 29). — Il en est tout autrement en droit français : dès que la convention des parties est intervenue, le droit réel est transféré (art. 1138, Code civil); de sorte que, sauf dans des cas très rares, on ne peut parler d'*obligatio dandi* subsistant comme telle. Ce contraste entre les deux législations explique pourquoi nous croyons devoir donner sur les cas d'existence de telles obligations en droit romain quelques développements.

destinés à cette translation (*mancipatio, in jure cessio, traditio*). Mais ces actes juridiques spéciaux n'intervenaient qu'après une entente préalable des parties, qu'en vertu et à la suite d'un accord antérieur de volontés, accord qui avait eu pour effet de donner naissance à une obligation ayant pour objet l'accomplissement de l'acte juridique translatif du droit réel, c'est-à-dire précisément à une *obligatio dandi* (v. p. 7).

Cet accord de volontés, pour être obligatoire, devait se présenter sous la forme d'une stipulation (1) ou d'une vente (2); un simple pacte suffisait même s'il était adjoint à une dation (3).

(1) Propriété.— L. 32, *V. O.* « *Si in nomine servi quem stipularemur dari.* » L. 75 § 10, *V. O.* « *Hæc stipulatio fundum Tusculanum dari.* » L. 137 § 4, *V. O.* « *Si Stichum dari spoponderit.* »

Servitudes.— L. 136 § 1, *V. O.* « *Qui viam ad fundum dari stipulatus est.* » La même hypothèse est visée dans d'autres textes par des expressions analogues :

Propriété.— L. 91 pr., *V. O.* « *Si servum stipulatus fuero.* » Il y a là une *obligatio dandi*, comme le montre la fin du principium, qui parlant du promissior le qualifie *qui dari promisit*.

Servitudes.— L. 41, *De serv.*, VIII, 1 et L. 2 § 1, *V. O.* « *Viam stipulari.* » L. 2 § 2, *V. O.* « *Via stipulator.* » L. 72 pr., *V. O.* « *Stipulatio servitutis.* » L. 25 § 9, *Fam. exc.*, X, 2 « *Is qui viam stipulatus erat.* » L. 25 § 10, *eod.* « *Promissor via, viam promittere.* » Dans tous ces textes il s'agit de l'*obligatio servitutis dandæ*, obligation de constituer la servitude comme droit réel. De la stipulation est née une simple obligation, le droit réel n'existe pas encore : L. 25 § 10, *Fam. exc.*, X, 2 « *Nec dividitur obligatio... quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet* » ; et le § 9 « *et si non præstatur via* », la prestation à fournir est la constitution de la *via*.

(2) On sait qu'à Rome le vendeur d'une chose était simplement tenu de procurer à l'acheteur la *vacua possessio* de cette chose, il n'était pas tenu de lui en transférer la propriété (L. 25 § 1, *De contr. empt.*, XVIII, 1) ; donc pas d'*obligatio dandi*. Mais cette règle était souvent modifiée par cette autre obligation du vendeur de ne pas commettre de dol, obligation qui le forçait à transférer la propriété, lorsque lui-même était propriétaire.

Que si, lors de la vente d'un fonds, le propriétaire a retenu une servitude, mais qu'il ait fait tradition du fonds sans aucune réserve, il y a pour l'acheteur *accipiens* obligation de *dare servitatem* : L. 35, *De serv. præd. urb.*, VIII, 2 ; L. 22 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6.

(3) Pacte par lequel l'acquéreur s'engage à retransférer, dans telle circonstance donnée, la propriété de la chose reçue à l'aliénateur, par ex. le

En outre, l'*obligatio dandi* pouvait être imposée à l'héritier par un legs *per damnationem* (1).

Connaissant ce qu'est une *obligatio dandi* et dans quels cas une telle obligation existe, nous pouvons rechercher si elle est divisible ou indivisible. Or, nous savons que l'objet de l'obligation de *dare* est le transfert ou la constitution d'un droit réel.

Par application du principe posé p. 3 *fine*, nous dirons, d'une façon générale, que cette obligation sera divisible ou indivisible selon que le droit réel dont il s'agit pourra ou ne pourra pas être, soit constitué, soit transféré par parties (2).

La solution étant susceptible de varier d'un droit à l'autre, nous étudierons (3) successivement :

- 1° Le transfert de la propriété ;
- 2° La constitution d'une servitude prédiale ;
- 3° La constitution d'une servitude personnelle ;
- 4° La constitution de l'emphytéose, de la superficie ;
- 5° La constitution de l'hypothèque.

pacte de *fiducie* dans les aliénations à titre de dépôt ou de gage. Comme analogue d'un tel pacte, on peut citer l'adjonction d'une condition résolutoire à une aliénation, condition dont l'arrivée donna pendant bien longtemps simplement naissance à une *obligatio dandi*.

(1) Gaius, II, § 201 « *Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto* » ; adde § 204. Paul, III, 6, § 17 « *Ususfructus uniuscujusque rei legari potest ; per heredem præstabitur ex causa damnationis.* » L. 3 pr., *De usufr.*, VII, 1 « *Omnium prædiorum jure legati potest constitui ususfructus ut heres jubeatur dare alieni usumfructum.* »

(2) Ces parties, résultat de la division d'un droit, droit de propriété ou autre droit réel, sont elles-mêmes des abstractions ; elles consistent simplement *in jure et in intellectu*. Ce sont des quotes-parts, des parts arithmétiques. On les désigne par une fraction ayant pour dénominateur un nombre indiquant en combien de portions égales on a divisé l'unité, c'est-à-dire ici le droit en question, et, pour numérateur, un autre nombre indiquant combien de ces portions sont renfermées dans la partie dont il s'agit, $1/3, 1/4, 2/5, 3/6$.

(3) Nous n'avons certes pas l'intention de faire ici un traité complet de la divisibilité ou de l'indivisibilité des droits réels, théorie pleine de difficultés et qui demanderait à être envisagée à des points de vue divers, mais tout au moins devons nous l'envisager au point de vue des obligations dont ces droits réels peuvent être l'objet.

SECTION PREMIÈRE

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété est un droit susceptible de quotes-parts, c'est-à-dire divisible.

L'existence de la copropriété en est la preuve. Cette copropriété, c'est une propriété appartenant *simultanément* à plusieurs personnes sur une seule et même chose. Et comme cette propriété, à raison de son caractère exclusif, ne peut être attribuée tout entière à chacun des copropriétaires (1), les droits de ceux-ci pris isolément sont considérés comme des parties de propriété sur la chose (2).

Nous disons « parties de propriété, » car tous les copropriétaires, ayant également part aux divers droits partiels dont se compose le droit de propriété, se trouvent ainsi chacun dans une position exactement semblable. Ces parties homogènes ne peuvent différer que de quantité $1/2$, $1/3$ etc. et en les additionnant toutes on reconstitue le droit qu'aurait un propriétaire unique.

Le droit de propriété étant divisible en quotes-parts peut se transférer par parties (3).

(1) L. 5 § 15, *Commod.*, XIII, 6 « *Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse.* »

(2) L. 5, *De stip. serv.*, XLV, 3 « *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis.* »

(3) Chacun des copropriétaires peut aliéner sa part de propriété (L. 3, C., *De comm. rer. alien.*, IV, 52 « *Falso tibi persuasum est communis prædii portionem pro indiviso tantum socio non etiam extraneo distrahi posse* » ; L. 4, *eod.* ; L. 1 *pr. initio*, C., *Comm. div.*, III, 37 ; L. 16, C., *De jure dot.*, V, 12 ; L. 12, C., *De donat.*, VIII, 54) ; c'est ce qui a lieu notamment dans la licitation où les divers copropriétaires aliènent leur part au profit d'une même personne. De même, un propriétaire unique peut aliéner par exemple la moitié indivise de son droit. Il est d'ailleurs à remarquer que les modes d'acquisition admis par le droit romain se prêtaient parfaitement au transfert partiel du droit de propriété, puisque dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ce trans-

Par suite l'obligation de *dare rem* (1) est divisible. Elle est divisible sans distinction, qu'elle ait pour objet :

1° Soit une, soit plusieurs *species*.

On appelle *species* ou corps certain toute chose déterminée individuellement de la façon la plus précise, par exemple tel esclave qui remplit les fonctions de médecin de son maître Titius, tel cheval désigné par le nom qu'il porte dans l'écurie de son propriétaire.

Spondesne Stichum. L'objet de l'obligation est la propriété de Stichus et nous savons que rien n'est plus divisible.

Spondesne Stichum et Pamphilum. L'objet est le transfert de la propriété de Stichus, plus celui de la propriété de Pamphilus, deux choses parfaitement divisibles ; la moitié de cet objet sera de transférer la moitié de la propriété de Stichus, plus la moitié de la propriété de Pamphilus (2).

fert s'opérerait par le prononcé de certaines formules qui n'étaient pas tellement solennelles qu'on ne pût les adapter au cas de propriété indivise « *Aio hanc rem esse meam ex parte dimidia*. » Sans doute ces deux modes disparaurent sous Justinien pour faire place à la tradition, mais nous verrons plus tard, que même avec ce procédé la dation d'une part de copropriété est facile à effectuer. Quant au legs *per vindicationem*, aucune difficulté.

(1) Nous disons *dare rem*, parce que telle est l'habitude de langage des jurisconsultes Romains, qui confondent le droit de propriété avec la chose qui en est l'objet (Pellat, *Propriété et usufruit*, introduction, p. 7 et addition contenue aux p. 105 et 106). Mais il est bien entendu que *dare rem* signifie *dare dominium rei*. V. L. (déjà citée p. 7, n. 1) 75 § 10, V. O. « *Hæc stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo*. » Lorsqu'on parle de *datio rei*, c'est toujours le *dominium* que l'on a en vue. Or, ce droit de propriété est toujours divisible, nous l'avons établi aux pages précédentes. Et peu importe que la chose qui en est l'objet soit ou non susceptible de division matérielle, *per solutionem continuitatis*, puisque la copropriété peut aussi bien exister sur une chose matériellement indivisible que sur une chose divisible (L. 35 § 3, *De rei vind.*, VI, 1). Ce qui nous occupe, c'est le droit qui porte sur la chose, car c'est ce droit seul qui est l'objet de l'*obligatio dandi*. La nature indivisible de la chose n'aura d'importance que lorsqu'on arrivera à la cessation de l'indivision du droit par le partage ou la licitation.

(2) L. 54 pr., V. O. « *Quum Stichum et Pamphilum quis stipulatus duos*

2° Soit un *genus*, soit plusieurs *species* sous une *alternative*.

L'obligation de genre est celle qui a pour objet un *genus*, c'est-à-dire une chose qui n'est déterminée que d'après son caractère générique, comme faisant partie de telle ou telle classe, « *cum hominem generaliter stipulor* » (*aut lancem aut quodlibet vas* dit L. 2 § 1, V. O.).

L'obligation alternative est celle qui a pour objet l'une de deux ou plusieurs prestations au choix de l'un des contractants : « *Stichum aut Pamphilum stipulari* » L. 72 § 4, *De sol.*, XLVI, 3.

Le caractère commun de ces deux obligations (duquel la L. 2 § 1, V. O. conclut que *ejusdem conditionis sunt*) c'est qu'on ne peut pas dire au moment du contrat quel sera précisément l'objet presté, il suffit qu'au moment de l'exécution cet objet soit désigné et déterminé dans son individualité. C'est à ce moment seul que le caractère de l'obligation se fixera.

heredes æquis partibus reliquit necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili debere. » De même L. 29, *De sol.*, XLVI, 3 « *Quum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus alteri Pamphilus solvi potest sed dimidiæ singulorum partes debentur.* » C'est, en effet, la seule solution logique ; il est facile de le démontrer par un raisonnement mathématique. Représentons l'objet de l'obligation par O, le transfert de propriété de Stichus par S, le transfert de propriété de Pamphilus par P, nous pouvons poser $O = S + P$, $\frac{O}{2} = \frac{S + P}{2}$ et, d'après un principe connu de la théorie du calcul des fractions ordinaires, $= \frac{S}{2} + \frac{P}{2}$. G. Q. F. D.

Quant à prétendre que la translation de la propriété de Stichus soit la moitié de la translation de propriété de Stichus plus Pamphilus, c'est prétendre que Stichus et Pamphilus se valent pour les contractants ; or, rien n'établit cette équivalence, puisque ceux-ci ont eu soin de stipuler deux esclaves différents et individuellement déterminés, esclaves dont la valeur peut être très différente. Aussi le dernier texte cité a-t-il soin d'écarter cette solution par ces mots « *non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi potest.* » Le manuscrit florentin porte deux négations : « *non alteri.... solvi non potest* » ; mais le sens est tellement clair que tous les auteurs (sauf deux Espagnols, Ramos del Manzano et de Retes, v. *Thesaurus* de Meermann, t. VII, p. 161, § VI, et 611, § XIV), s'accordent pour en supprimer une, la suite du texte le montre suffisamment « *sed dimidiæ singulorum partes debentur.* »

Prenons, tout d'abord, l'obligation alternative : si l'alternative comprend une chose et un fait, une chose mobilière et une autre immobilière, la nature de l'obligation restera indécise jusqu'à ce que le choix se soit produit d'une manière irrévocable. Il en est de même si l'alternative comprend une prestation divisible et une indivisible, c'est seulement une fois le choix fait que l'on pourra dire si l'obligation est divisible ou indivisible. Si nous supposons que les prestations comprises dans l'alternative soient divisibles, nous pourrions affirmer de suite le caractère divisible de l'obligation. Or, c'est précisément notre cas, puisque nous nous occupons du transfert de la propriété : *dare Stichum* est divisible, *dare Pamphilum* aussi ; l'obligation alternative est donc certainement divisible.

En cas d'*obligatio generis*, on est fixé de suite sur la nature mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible de l'obligation, car tous les objets d'une même classe présentent les mêmes caractères juridiques : *dare hominem* est divisible, *dare lancem* aussi, *dare quodlibet vas* également ; par conséquent, l'*obligatio generis dandi* est divisible (1).

(1) Paul le confirme dans L. 2 § 1, V. O., en ces termes : « *Quædam partis dationem natura recipiunt,, veluti quum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas. Ejusdem conditionis est hæc stipulatio Stichum aut Pamphilum dari.* » Nous disons que Paul confirme la solution donnée au texte. En effet, une obligation est divisible, avons-nous dit, lorsque son objet est tel, et notamment s'il s'agit d'une *obligatio dandi*, lorsque la dation du droit réel peut avoir lieu par parties ; or, que nous dit Paul dans les hypothèses qui nous occupent, c'est que *partis dationem natura recipiunt*. Que si Paul cite spécialement ces obligations, c'est qu'elles présentent un caractère particulier indiqué par le passage omis dans la citation ci-dessus « *sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit.* » Paul rappelle à nouveau ce caractère dans la L. 85 § 4, V. O. Dumoulin les qualifia d'indivisibles, mais *solutione tantum* (Pars II, n° 129 *fine*), ayant bien soin de faire remarquer qu'à tous autres points de vue elles étaient divisibles et se divisaient tant activement que passivement (Pars II, n°s 241 et sts). Cette expression d'*individuitas solutionis*, appliquée aux obligations qui nous occupent, n'était pas complètement exacte. Que serait en effet une telle indivisibilité ? Elle impliquerait que le paiement ne saurait être fait par parties, que ce qui

3° Soit une *quantitas*.

L'*obligatio quantitatis* est une obligation portant sur une quantité déterminée de choses fongibles, 10 esclaves, 10 sous d'or, 10 boisseaux de blé.

Ce qui constitue le caractère de fongibilité de ces choses c'est qu'elles peuvent prendre la place les unes des autres (*res quarum altera vice alterius fungitur*). Et si elles

serait donné c'est tout d'une seule fois ou rien, c'est-à-dire que, au point de vue de l'exécution, elle aurait les mêmes conséquences que l'indivisibilité véritable. Ce n'est pas ce qu'a entendu exprimer Paul par ces mots « *sed nisi tota dantur*.... ». Ce qu'il vise, ce n'est pas l'indivisibilité de paiement (*solutione*), mais l'indivisibilité de choix (*electione*). Voici ce que nous voulons dire. Supposons un stipulant et un promettant d'un esclave *in genere*, le promettant mort laissant deux héritiers Primus et Secundus; l'obligation se divise (c'est là un des effets de la divisibilité d'une obligation), chacun des deux héritiers ne doit plus qu'une moitié d'esclave. Si on s'en tenait là, Primus se libérerait en donnant au créancier la moitié de Pamphilus par ex. et Secundus la moitié de Stichus. Le créancier qui avait stipulé un esclave se trouverait avoir deux moitiés d'esclaves différents. On aperçoit de suite l'injustice d'un pareil résultat. Le créancier ayant stipulé un esclave, c'est un esclave entier qui doit lui être donné; il ne peut y avoir libération que par un paiement régulier et le paiement, pour être régulier, doit consister dans la prestation de l'objet même de l'obligation; or, cet objet, c'est un esclave entier. Si le promettant vivait encore, c'est un esclave entier qu'il aurait dû prêter, « *non potuit defunctus facere ne quod stipulatus sum consequar* » (Paul, L. 85 § 4, V. O.), il ne faut pas que sa mort change la position du créancier en le livrant à l'arbitraire des héritiers « *non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur* » (Paul, L. 2 § 2, V. O.). Les héritiers devront donc s'entendre pour faire porter leur choix sur un esclave unique, c'est la faculté de choisir qui est une et indivisible. Mais, abstraction faite du choix, l'obligation est parfaitement divisible quant au paiement, chacun des héritiers exécutera pour sa part. Paul nous l'a déjà dit dans le § 1 de la L. 2, V. O. (cité au commencement de la note); le § 2 le répète : chacun des héritiers peut exécuter *pro parte*, mais il ne sera pas libéré avant que ses cohéritiers aient donné les autres parties (le § 3 parle de la *pars cæterorum*) du même esclave, car, ainsi que le dit le § 1, « *nisi totus datur stipulationi satis non fit* », si le créancier ne reçoit pas un esclave entier, il ne lui est pas donné la satisfaction qui lui était due aux termes de la stipulation. On voit que l'idée est tout autre que celle d'indivisibilité de l'obligation. Il y a ici une obligation parfaitement divisible (Accarias, II, n° 543, n. 3), même quant au paiement, mais affectée d'une modalité, le choix, qui est indivisible. Cette indivisibilité *du choix* produit des conséquences particulières se dégageant nettement des effets de l'indivisibilité de l'obligation.

peuvent ainsi se remplacer l'une l'autre, c'est qu'aucune n'est envisagée dans son individualité propre, elles ne sont envisagées que comme faisant partie de telle ou telle classe et ne sont pas autrement déterminées que par leur caractère générique (1) ; or, tous les objets compris dans le genre visé présentent le même caractère générique et répondent tous à ce qui est exigé, tous s'équivalent.

Ce qui est à considérer dans ces sortes d'obligations c'est : 1° le genre, 2° la quantité.

Le genre, visé par les parties, peut être plus ou moins étendu : du blé, du blé d'Afrique, du blé d'Afrique de la première qualité ; des esclaves, des esclaves enseignant le grec, des esclaves médecins, des esclaves répondant au nom de Stichus (*duo Stichi*, deux esclaves à prendre dans la classe de ceux qui s'appellent Stichus).

La quantité des objets faisant partie du genre visé qui entrent dans la stipulation peut être fixée par le nombre, par le poids, par la mesure. Un certain nombre, un certain poids, une certaine mesure de ces choses équivalent exactement au même nombre, au même poids, à la même mesure de choses pareilles.

Si donc une obligation a pour objet 10 esclaves, la moitié de cette obligation aura pour objet 5 esclaves (2), car 5 esclaves *in genere* équivalent exactement à 5 autres esclaves *in genere*, puisque tous les objets du genre, tous les esclaves, se valent l'un l'autre. Voilà la division s'opérant *numero*.

(1) L. 2 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1 : « *In genere suo fonctionem recipiunt magis quam in specie.* »

(2) Quel serait le tiers d'une telle obligation ? Ici le nombre des unités représentant la quantité n'est plus exactement divisible par le nombre des nouveaux débiteurs (ou des créanciers). La pratique devait alors appliquer la division *numero* de la façon suivante : prendre le plus grand multiple de 3 compris dans 10, c'est 9, et dire : chaque débiteur (ils sont 3) sera tenu divisément de transférer la propriété de 3 esclaves ; il sera en outre tenu de transférer 1/3 de la propriété d'un esclave choisi, après accord avec ses codébiteurs.

Une autre division serait possible, celle que les interprètes appellent division *corpore* et que la L. 54 pr., V. O., qualifie de division *per partes corporum*, c'est-à-dire *per partes dominii*. C'est cette division que jusque-là nous avons vue appliquée à l'obligation d'une ou de plusieurs *species*, d'un *genus*. Voyons maintenant comment elle pourrait s'appliquer à l'obligation de plusieurs *genera*, à l'*obligatio quantitatis*.

Soit l'obligation de donner 10 esclaves *in genere*, c'est l'obligation de transférer la propriété de 10 esclaves ou 10 propriétés d'esclaves, la moitié sera l'obligation de transférer 10 demi-propriétés d'esclaves (nous avons vu, en effet, que le *dominium* était divisible), c'est-à-dire que chacun des deux nouveaux débiteurs devra rendre le créancier copropriétaire pour moitié de 10 esclaves. Mais il faudra que les deux débiteurs commencent par se mettre d'accord sur les 10 esclaves à donner en vertu de l'unité de choix (v. *supra* pour un *genus* ou une alternative). Finalement, quand les deux demi-obligations auront été exécutées, le créancier se trouvera propriétaire de 10 esclaves.

Il est beaucoup plus simple, beaucoup plus pratique d'admettre la division *numero*, qui conduit au même résultat.

De même, au point de vue actif, si la division s'opère *numero*, chaque créancier se trouvera être créancier de 5 esclaves et non de 10 demi-esclaves (1).

La division *numero* évite donc aux créanciers les désagréments d'une indivision portant sur beaucoup d'objets, aux débiteurs la nécessité de s'entendre sur la détermination des choses à donner (2).

(1) De sorte que si l'un des créanciers fait remise au débiteur de sa dette envers lui, l'autre restera créancier de 5 esclaves entiers.

(2) L. 29 *in fine*, De sol., XLVI, 3, (v. p. 17, n. 1, les explications données sur cette loi).

Aussi les Romains déclarent-ils que la division de l'*obligatio quantitatis* s'opérera *numero* (1).

(1) C'est ce que nous apprennent les textes suivants :

L. 54 pr., V. O.

L. 117, V. O. Ce texte nous indique que c'est seulement avant le choix effectué que la division *numero* est possible ; lorsque le choix est intervenu on est en présence d'une obligation ayant pour objet plusieurs *species* et nous avons vu ci-dessus que la division s'y opère *corpore*.

L. 29, De sol., XLVI, 3. Ce texte soulève de très grandes difficultés qu'il est indispensable de faire connaître. « *Cum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi (non) potest, sed dimidiæ singulorum partes debentur.* Idemque est si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit, aut communi duorum servo homines decem dare promiserit ; nam ambigua vox est « decem homines » quemadmodum « decem denarii » atque utriusque rei dimidium duobus modis intellegi potest. Sed in nummis, et oleo, et frumento, et similibus quæ communi specie continentur, apparet hoc actum ut numero dividatur obligatio, quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est. » Pris à la lettre, voici ce que signifierait ce fragment d'Ulpien : « Lorsque Stichus et Pamphilus ont été promis à un esclave commun, le débiteur ne peut payer à l'un des maîtres Stichus et à l'autre Pamphilus, mais il doit donner à chacun d'eux une moitié de Stichus et une moitié de Pamphilus. Il en est de même si quelqu'un a promis à un esclave commun 2 Stichus ou 2 Pamphilus ou 10 esclaves. » De sorte que chacun des débiteurs devra au créancier (ou le débiteur à chacun des créanciers) une *dimidia pars* dans 2 esclaves appelés Stichus ou plus généralement dans 10 esclaves. C'est la division *corpore* dont nous avons parlé au texte de la p. 16. Cette solution serait faite pour nous surprendre en présence des deux lois, citées *supra*, qui, pour l'obligation de *dare duos vel centum homines*, ne parlent que de la division *numero*. Mais, il y a plus, la suite de la L. 29 nous montre que telle n'a pas pu être la solution donnée par Ulpien. Comment, en effet, comprendre qu'après avoir ainsi affirmé la division *corpore*, Ulpien ait écrit : « *nam ambigua vox est decem homines hujusque rei dimidium duobus modis intelligi potest.* » Quelle serait la raison d'être de cette phrase explicative que rien n'appelait, qui ne répond à rien, qui ne peut que porter atteinte à la solution catégorique qui précède. On aurait beaucoup mieux compris le rejet d'un doute possible « *quamvis* ». Enfin la dernière phrase est en contradiction avec la solution attribuée à Ulpien. Cette phrase dit en substance et d'une manière générale « *fit numero divisio in iis rebus quæ communi specie continentur.* » Or, que sont ces *res quæ* . . . ? Ce sont précisément les choses fongibles (Accarias, n° 510, t. II, p. 242, n° 1), celles qui ne sont envisagées que comme faisant partie d'un genre et non pas dans leur individualité : « *ut in summa*, dit Doneau, t. XI, col. 1031, *contineri communi specie dicantur Ulpiano quæ appellantur nomine generis et intra eam appellationem consistunt.* » Autre preuve de la contradiction, Ulpien assimile l'obligation de *dare decem denarios* à l'obligation de *dare decem homines*, de sorte que la division devrait

SECTION DEUXIÈME

CONSTITUTION D'UNE SERVITUDE PRÉDIALE.

La dation d'une servitude est-elle divisible, peut-on

s'y opérer *corpore*, chacun des débiteurs devrait transmettre au créancier des parts de copropriété dans 10 deniers, ce qui est pour le moins bizarre. Après quoi, dans la dernière phrase, Ulpien applique la division *numero* à l'obligation de somme d'argent (*in nummis*) ; or, qu'est-ce que l'obligation de donner 10 deniers, sinon une telle obligation de somme d'argent, cette somme est exprimée en deniers comme elle pourrait l'être en sesterces ou autres pièces de monnaie. Voilà une preuve flagrante de la contradiction signalée. Il nous paraît impossible qu'Ulpien nous disant à la fin de la L. 29 que la division se fait *numero* et étant en cela d'accord avec Julien et Papinien (LL. 54 et 117, V. O.) ait pu, quelques lignes plus haut, affirmer le contraire.

Aussi, bien que nous soyons convaincu de la nécessité de respecter les textes tels qu'ils nous sont parvenus, ne pouvons-nous nous empêcher de croire qu'il y ait une modification à apporter à la loi qui nous occupe. Et ce qui pourra faire excuser ce que nous considérons presque comme une témérité, c'est que nous avons déjà eu occasion, p. 11, n. 2 *fine*, de signaler une erreur dans la première phrase de ce texte. D'accord avec tous les auteurs, nous avons supprimé une des deux négations qui se trouvent à cet endroit dans le manuscrit Florentin. Cette négation ainsi supprimée, beaucoup de romanistes, à la suite de Cujas, la transportent au commencement de la deuxième phrase et lisent : « *Idemque non est* », de sorte qu'aucune contradiction n'est relevée à la charge d'Ulpien, qui se trouve être d'accord avec ce qu'il dit dans la dernière phrase, ainsi qu'avec Julien et Papinien. Quant à la retouche faite au texte elle est bien minime ; il est si facile de supposer que le copiste a, par mégarde, transposé un mot d'une ligne à une autre. Cette manière de trancher la difficulté présentée par Cujas (*ad l. 54, V. O.*) a été jusqu'ici considérée comme la plus simple et la plus naturelle. Nous ne croyons pas cependant devoir l'adopter, et, pour arriver à la même solution, nous proposerons une autre modification au texte. Ce n'est plus ici qu'une simple question de mots, question qui a par suite peu d'importance, et que nous exposerons brièvement. Au lieu de *Idemque non est*, nous préférons lire *Idemne est*, « en est-il de même ? ». Cette retouche est aussi minime que celle de Cujas, elle est donc tout aussi facilement admissible. Et ce qui nous décide en sa faveur, c'est qu'elle cadre beaucoup mieux avec la marche de toute la phrase : Ulpien prévoyant d'abord l'hypothèse où l'obligation a pour objet deux *species* (Stichus et Pamphilus), dit que la division se fait *corpore* ; puis, passant à l'hypothèse de plusieurs genres (*duos Stichos*, deux esclaves portant le nom de Stichus, *genera limatata* ; *decem homines, genera generalissima*), il se demande si la division s'en fera

constituer une partie de servitude, $1/3\ 1/4$ de servitude ?

Non, Gaius nous affirme qu'on ne peut acquérir une

corpore (*idemne est*, forme interrogative), et il nous fait connaître immédiatement la raison de douter : *nam ambigua....., utrusque rei dimidium duobus modis intelligi potest* ; les choses désignées par ces expressions [sont susceptibles de deux divisions, soit *corpore*, comme dans le cas de deux *species*, soit *numero*. Et Ulpien, continuant le raisonnement, achève en disant : « *sed in rebus quæ communi specie continentur numero dividitur obligatio* », par ce que tel est l'intérêt et des créanciers et des débiteurs. Tout ceci s'enchaîne parfaitement, c'est notre rédaction interrogative seule qui peut expliquer le reste de la phrase et notamment ces mots, qui semblent bien être un motif de doute : *nam.....*, et qui par suite auraient dû être précédés de la conjonction *quumvis*, si la phrase précédente était une phrase portant une affirmation dans un sens ou dans l'autre.

A titre de simples curiosités, signalons encore quelques autres systèmes qui se sont fait jour sur la L. 29. Doneau respecte le texte, il le prend tel qu'il est : « *breviter ita ut ex contextu appareat non aliter scripsisse Ulpianum* » (*ad l. 54, V. O., XI, col. 1034*). Mais, chose curieuse, « *Idemque est* », d'après Doneau, n'indique pas une affirmation, « il en est de même », c'est une simple interrogation, « en est-il de même ? ». « *In illis verbis*, dit-il, *non affirmare Ulpianum in subjectis exemplis idem esse aut non esse quod esse prius dixerat de divisione singulorum corporum Stichus et Pamphilus promissis*. » Puis, avec ce point de départ, qui se trouve ainsi être identique au nôtre, il arrive à appliquer la division *corpore* au cas de *duo Stichus* et la division *numero* au cas de *decem homines*. Cette distinction est inexacte ; *duo Stichus* ne sont pas, comme le pense Doneau, deux *species* ; si le texte avait visé deux esclaves individualisés, *in specie*, portant ce nom de *Stichus*, il aurait dit : *hic et ille Stichus* ou *hi duo Stichus*. *Duo Stichus*, ce sont deux esclaves *in genere*, mais ce genre est restreint à la catégorie des esclaves qui portent le nom de *Stichus* (de même qu'on peut restreindre le genre esclave à la catégorie de ceux qui exercent la profession de vétérinaire ou de médecin ou de barbier. v. p. 15). Aucune raison, par suite, de distinguer entre *duo Stichus* et *decem homines*. C'est en s'inspirant de l'interprétation de Doneau, et pour lui donner la base qui lui fait défaut dans le texte, que Mommsen, dans son édition du Digeste, propose l'addition suivante à la L. 29 : *Idemque est si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit [communi duorum servo. Contra voluntatis quæstio est si quis] communi duorum servo homines decem dare promisit....* Au point de vue de la construction grammaticale de la phrase, rien à redire ; mais, comme retouche faite au texte, c'est trop divuatoire pour être admissible, aucune apparence de réalité. Un jurisconsulte allemand, Ubbelohde (*Die Lhere von den untheilbaren Obligationem*, § 6, n. 6 e, p. 31), accepte le texte tel qu'il nous est parvenu. Il en tire cette solution que lorsque la pluralité de créanciers ou de débiteurs est originaire, c'est la division *corpore* qui intervient ; si cette pluralité est la suite d'une ouverture de succession, c'est la division *numero*. On ne voit pas en raison quel motif valable peut être allégué à l'appui de cette diffé-

servitude pour une quote-part, qu'on ne peut être titulaire de $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{4}$ de servitude (1).

rence de solution ; de plus, ce système laisse subsister le reproche adressé à Ulpien de se mettre en contradiction dans le même fragment, à quelques lignes de distance, la fin du texte disant sans aucune distinction : « *sed in rebus quæ communi specie continentur numero fit divisio.* » Enfin Julien, dans la L. 34 pr., V. O., applique expressément la division *numero* au cas de plusieurs maîtres communs à l'esclave qui a stipulé et au cas d'héritiers : « *quoties autem genera stipulamur numero fit inter eos (c'est-à-dire inter dominos et inter heredes dont parle la phrase précédente) divisio.* »

(1) L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 : « *ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere* ». Il s'agit bien dans ce texte de la division en quotes-parts de servitude. Nous sommes en effet au titre *Ad legem Falcidiam* et notre § 1 commence ainsi : *quædam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viæ, itineris actusve ; ad nullum.....* Cette division est la division nécessaire pour la réduction du legs par application de la loi Falcidie. L'ensemble des legs faits par le défunt dépassant les $\frac{3}{4}$ de l'hérédité, par ex. l'absorbant tout entière, il y a lieu de ramener chacun d'eux à cette limite, de le réduire de $\frac{1}{4}$. On voit que cette réduction en nature exige la division du legs par quotes-parts. Or, dit le § 1 de la loi 80, certains legs ne comportent pas cette division, notamment les legs de servitude, parce que le droit de servitude n'est pas susceptible de quotes-parts, la servitude ne peut pas appartenir au légataire pour $\frac{3}{4}$ (la réduction s'opère alors d'une façon particulière, *eod.* §). Si nous insistons ainsi sur le sens à donner à la loi 80 § 1, c'est que, dans un certain nombre de textes, des expressions semblables désignent à propos des servitudes une indivisibilité tout à fait distincte. On qualifie en effet les servitudes d'indivisibles, en ce sens qu'elles ne peuvent pas être établies sur une part indivise d'un fonds ni au profit d'une telle part (Accarias, n° 267 *initio* ; Destrais, *Propriété et servitudes*, § 71, p. 259). Cette qualification est tout à fait impropre. Ce qui est indivisible évidemment, c'est ce qui ne peut se diviser, ce qui n'est pas susceptible de parts. Mais que la servitude n'existe jamais ni au profit ni à la charge d'une part indivise, c'est une tout autre idée et il ne s'ensuit nullement, comme la plupart des auteurs paraissent le croire, qu'elle ne puisse se diviser en quotes-parts. Admettons par ex. que la servitude de passage soit divisible dans certain cas (*quando*, dit Dumoulin, *pars* III, n° 363, *limitata est ad certum finem et effectum dividuum, puta ad arandum messes, vindemias, vel ad transitum fructuum fundi mei superioris*) ; est-ce que cette divisibilité empêchera que, suivant les expressions mêmes de M. Accarias, n° 267, ce passage ainsi diminué de moitié, ne s'exerce sur un endroit déterminé du fonds servant et que de même ce ne soit le fonds dominant tout entier ou une certaine région de ce fonds qui profite du passage. Il y a donc là deux indivisibilités différentes ou plus exactement une indivisibilité proprement dite et une indivisibilité improprement dite, à un point de vue tout spécial. L'une est l'indivisibilité *pro parte servitutis*, l'autre sera, si l'on

Et lorsqu'un texte du Digeste nous dit qu'on ne peut déduire dans une stipulation une partie de servitude, c'est parce que la servitude n'est pas susceptible d'être décomposée en parts arithmétiques (1).

Les deux lois citées aux notes précédentes, ne visent que les servitudes de passage et d'aqueduc. Est-ce que l'indivisibilité qu'elles proclament serait spéciale à ces servitudes ? Nullement ; ce sont de simples exemples dont les textes font fréquemment mention, parce que c'est dans son application aux servitudes de passage que le principe se manifeste de la façon la plus claire et la plus simple. Mais d'autres textes nous montrent que le principe de l'indivisibilité des servitudes est un principe général s'appliquant à toutes les servitudes sans distinction (2).

Et de cette indivisibilité le motif nous est donné par Pomponius dans un fragment non inséré au Digeste, « *et servitudes dividi non possunt, nam earum usus ita con-*

veut, une indivisibilité *pro parte domini*. La première nous est indiquée dans la l. 80 § 1, XXXV, 2 ; l'autre est visée par des expressions analogues à celles de la l. 80 dans les textes suivants : L. 11, *De servit.*, VIII, 1 « *Pro parte domini servitutum acquiri non posse vulgo traditur. Pro parte quoque neque legari neque adimi via potest.* » L. 8 § 1, *eodem* ; L. 6 § 1 *initio*, *Communio præd.*, VIII, 4 ; L. 3 *initio*, *De serv. leg.*, XXXIII, 3 ; L. 140 § 2, *V. O.* « *Per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen conservatur et per partem domini.* » C'est uniquement parce que les servitudes ne comportent pas de parties, parce qu'elles sont indivisibles *pro parte servitutis*, que l'*obligatio servitutis constituendæ* est indivisible comme nous le disons dans la suite du texte.

(1) L. 17, *De serv.*, VIII, 1 « *Viz, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest.* »

(2) L. 72 pr., *V. O.* « *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt, veluti viz, itineris, actus, aquæductus cæterarumque servitutum.* » L. 11 § 24, *De leg. 3^o*, XXXII « *Ergo et in statua, et in servitute, cæterisque quæ divisionem non recipiunt.* » L. 7, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 « *.... legata servitus, quoniam dividi non potest....* » L. 1 § 9, *eod.*, « *Si usufructus legatus sit qui et dividi potest, non sicut cæteræ servitutes indivisæ sunt, indivisus est)....* » (v. cette loi dans l'édition Mommsen). L. 13 § 1 *initio*, *De accept.*, XLVI, 4 « *Si id.... divisionem non recipiat, utputa si servitus fuit prædii....* ». L. 1 § 21, *Si quid in fraudem patroni factum sit*, XXXVIII, 5 « *Attamen in his quæ dividi non possunt.... utputa in servitute.* » Cpr. le § 14.

nexus est ut qui cum partiatur naturam ejus corrumpit » (1). Les servitudes sont indivisibles, parce que leur usage forme un tout inséparable.

Ce motif est répété par Pomponius, L. 17, *De serv.*, VIII, 1 : « *quia usus earum indivisus est*, » la servitude est indivisible parce que son usage l'est.

On ne peut, en effet, exercer une servitude pour partie, *dum utor servitute*, dit Cujas (2), *pro solido ea utor*. Conçoit-on que celui qui a un droit de passage puisse passer pour 1/3 ou pour 1/4, il passera ou il ne passera pas, *neque possum pro parte ire pro parte non ire*, dit encore Cujas. De même, pour le droit de vue, pour la servitude de ne pas bâtir et pour toutes les autres servitudes (3).

Quelle que soit, en théorie pure, la valeur de cette idée de l'indivisibilité de toutes les servitudes (4), il n'est pas douteux (les textes que nous avons cités le prouvent surabondamment), que pour les Romains la servitude ne fût le type de l'indivisibilité (5).

Et maintenant, la servitude étant indivisible, ne pouvant être constituée par parties, nous concluons que l'obligation qui a cette constitution pour objet, *l'obligatio servitutis constituendæ*, est également indivisible (6).

(1) Cette phrase se trouve reproduite en note de la l. 17, *De serv.*, VIII, 1, dans l'édition du Digeste donnée par les frères Kriegel. Sur la découverte de ce fragment, consulter un article curieux de Cramer dans le *Civiltisches Magazin* de Hugo, t. VI, p. 1-33. Il est à remarquer que cette phrase est déjà citée par Cujas, *Comment. in lib. VII Quæstionum Papinianæ*, ad. l. 5, *De usufr.*, éd. de Naples, T. IV, col. 138.

(2) *Ad l. 72, V. O.* ; *ad l. 11, De serv.*, VIII, 1.

(3) Cujas (*ad l. 85, V. O.*) fait cependant exception pour la servitude *oneris ferendi*.

(4) Nous n'avons pas à l'examiner, car nous ne faisons pas un traité de l'indivisibilité des droits réels. Nous prenons la solution romaine telle qu'elle résulte des textes.

(5) Dumoulin l'a toutefois contesté ; on peut consulter à cet égard la 3^e partie de son *Extrictio*, nos 290, 291, 296 et sts, 362, 363. Nous n'entrerons pas dans la discussion de cette doctrine, qui se rattache plutôt à la théorie de l'indivisibilité des droits réels.

(6) C'est d'ailleurs ce que de nombreux textes nous affirment : L. 25, *Fam.*

SECTION TROISIÈME

CONSTITUTION D'UNE SERVITUDE PERSONNELLE.

Contrairement à ce que nous avons fait pour les servitudes prédiales, nous ne pouvons poser ici de règle commune (1) aux quatre servitudes personnelles admises par les Romains. Il nous faut donc examiner successivement chacune d'elles.

§ 1

Usufruit.

Il peut être décomposé en quotes-parts, une personne peut se trouver avoir $1/4$, $1/3$, $3/4$ de l'usufruit d'un fonds, par ex. après la réduction d'un legs d'usufruit par application de la loi Falcidie (2).

erc., X, 2; le § 9 nous dit « *talīs stipulatio per leg. XII T. non dividitur quia nec potest* », et le § 10 ajoute « *nec dividitur obligatio* ». L. 72 pr., V. O. « *stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non admittunt, veluti viæ cæterarumque servitutum.* » Adde L. 2 §§ 1 et 2, *eod. tit.*

(1) A cela on sera peut-être tenté d'objecter que les divers textes cités par nous pour montrer que le principe de l'indivisibilité s'applique à toutes les servitudes prédiales sans distinction, emploient l'expression générique de *servitus*, *cæteræ servitutes*, ce qui s'applique aussi bien aux servitudes personnelles qu'aux servitudes prédiales (L. 1, *De serv.*, VIII, 1). Mais il est à remarquer que dans son sens propre le mot *servitus*, employé seul, ne s'entend que des servitudes prédiales. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux textes suivants des Inst. : § 3, *De reb. inc.*, II, 2 (rapprocher la première phrase du § 2); § 6, *De usu et habit.*, II, 5. D'ailleurs, les fragments placés au Dig. et surtout aux Inst. et au Code sous la rubrique *De servitutibus* ne s'occupent que des servitudes prédiales (D., VIII, 1; Inst., II, 3; C., III, 34). Pour les servitudes personnelles nous avons donc à rechercher, sans être lié par ce que nous avons dit des servitudes prédiales, si elles peuvent être constituées par parties.

(2) C'est le cas le plus fréquent de division de l'usufruit parce que celui-ci a presque toujours son origine dans un testament. L. 5, *De Usufr.*, VII, 1 « *Ususfructus per legem Falcidiam minui potest.* » LL. 84 pr. et 1 § 9, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 « *Si ususfructus legatus sit qui et dividi potest . . . , posse quartam partem ex usufructu, sicut ex corporibus (c'est-à-dire ex dominio) retineri.* » Sur ces deux dernières lois, v. Genty, *De l'Usufruit*, n° 108.

Voici comment se justifie cette divisibilité : Des deux attributs de l'usufruit, l'*usus* et le *fructus*, c'est ce dernier qui est caractéristique, l'usage n'est là en quelque sorte que pour permettre la jouissance ; le droit de l'usufruitier c'est avant tout le droit à la propriété des fruits de la chose, or rien n'est plus divisible, on peut en effet acquérir une part indivise dans les fruits (1). Et c'est pourquoi, bien que l'*usus* soit indivisible, comme nous le verrons plus loin, les Romains n'en déclarent pas moins l'usufruit divisible, parce que le *fructus* l'est, « *frui quidem pro parte possumus* », dit Paul dans la l. 19, *De usu*, VII, 8.

Le titulaire d'une *pars ususfructus* (2) a droit à une part correspondante dans les fruits. Et si les divers titulaires d'un même usufruit ne s'entendent pas sur la jouissance commune, il y a lieu de leur donner une action *quasi communi dividundo* (3).

L'usufruit peut donc exister pour partie (4). De plus,

(1) « *In usufructu fructus spectamus potissimum veluti corpora quædam, non jus utendi fruendi, qui fructus divisionem recipiunt* » dit Cujas, *Comment. in lib. VII Quæst. Pap.*, ad l. 5, *De Usufr.*, t. IV, col. 138 in fine de l'édition de Naples. « *Ususfructus ad quid dividuum terminatur, ad fructus percipiendos* » dit Pothier, t. I, p. 257, IV. Et l'indivisibilité de l'*usus* ne sera pas un obstacle à la perception d'une quote-part du *fructus*. Ulpien (L. 7 § 40, *Comm. div.*, X, 3), nous indique plusieurs moyens à la disposition du juge de l'action *communi dividundo* portant sur un usufruit : louer la chose à l'un des usufruitiers ou à une tierce personne et partager les *pensiones* entre les divers usufruitiers ; donner l'usufruit entier (*usus et fructus*) à chacun d'eux successivement pendant une année ; ou encore, dans les cas où la chose s'y prêterait, donner à chacun d'eux l'usufruit d'une partie divisée de cette chose.

(2) Cette locution se trouve dans L. 14, *Quib. mod.*, VII, 4 ; LL. 6 § 1 et 10, *De usufr. accr.*, VII, 2.

(3) L. 13 § 3, *De usufr.*, VII, 1. L'indivision en matière d'usufruit est traitée comme l'indivision en matière de propriété.

(4) *Pro parte ususfructus*, bien entendu. L'usufruit est aussi qualifié divisible à un autre point de vue, *pro parte domini*, en ce sens qu'il peut porter sur une partie indivise d'un fonds. Un copropriétaire par ex., peut grever d'usufruit sa part indivise de propriété, de même qu'il peut l'aliéner ou l'hypothéquer (L. 31, *De usu et usufr.*, XXXIII, 2 « *pro indiviso ex parte di-*

rien dans ses modes de constitution ne s'oppose à ce que ces parties d'usufruit ne soient constituées directement (1).

La dation de l'usufruit pouvant s'opérer *per partes* nous en concluons que l'obligation de *dare usumfructum* est divisible (2).

media totius fundi ususfructus mulieris est », la femme a l'usufruit de la moitié indivise du fonds). Rappelons ce que nous avons déjà indiqué, *supra* p. 10, que chacun de plusieurs copropriétaires a également part aux trois éléments dont se compose le droit de propriété. Spécialement un copropriétaire pour moitié (le mari qui, dans l'hypothèse de la l. 31 ci-dessus, a légué l'usufruit à sa femme) a droit à la moitié du *fructus* total; s'il grève sa part d'usufruit, il transmet la moitié du *fructus* du fonds entier absolument comme le propriétaire unique qui concède la moitié de l'usufruit du fonds. Ce qui revient à dire que avoir la moitié de l'usufruit du fonds et avoir l'usufruit de la moitié indivise du fonds c'est la même chose. Dans les deux cas, l'usufruitier a droit de percevoir la moitié des fruits produits par le fonds.

(1) La l. 6 § 1, *De usufr. accr.*, VII, 2, cite le legs d'une *pars ususfructus*, et la l. 5, *De usufr.*, VII, 1, nous dit d'une façon plus générale que *ususfructus ab initio pro parte constitui potest*. Cette l. 5 parle, il est vrai, de *pars indivisa vel divisa*, c'est-à-dire qu'elle vise la divisibilité *pro parte dominii* (car il n'y a de part divise que par suite de la division matérielle d'une chose), mais nous avons prouvé à la note précédente qu'il y a identité entre la divisibilité *pro parte ususfructus* et la divisibilité *pro parte dominii*, parler de l'une c'est aussi parler de l'autre; la l. 5 le prouve puisque, après avoir dit « *ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti*, » ce qui vise la divisibilité *pro parte dominii*, elle ajoute « *eademque ratione per legem Falcidiam minui potest*, » visant ainsi la divisibilité *pro parte ususfructus* (v. p. 20, n. 1), et, dit-elle, toutes ces solutions s'expliquent par une raison unique (*eademque ratione*), c'est que l'usufruit est divisible sans distinction.

(2) L. (déjà citée) 5, *De usufr.*, VII, 1 « *reo quoque promittendi defuncto in partes hereditarias ususfructus obligatio dividitur*. » Cette obligation naît le plus souvent d'un legs *per damnationem*, car c'est surtout par des dispositions à cause de mort que l'usufruit est constitué. Un texte du Code la cite cependant comme naissant d'une stipulation, L. 16 pr., *De usufr.*, III, 33 « *... de personali autem actione quæ super usufructu nascitur sive in stipulatione ususfructus deductus sit sive ex testamento relictus*... ». Cette action personnelle de usufructu dont parlent également la l. 1 pr., D., *Quib. modis*..., VII, 4 et le § 61, *Fr. Vat.*, c'est l'action qui sanctionne l'obligation *ususfructus dandi* et non pas, ainsi que quelques-uns l'ont prétendu, l'action née de la promesse de laisser s'exercer une servitude convenue (constitution des servitudes par pactes et stipulations). Qu'il s'agisse ici de l'obligation de *dare usumfructum* trois raisons en font foi. 1° « *Sive in stipulationem ususfructus deductus sit* », dit l. 16 pr., c'est la *stipulatio usus-*

§ 2.

Usage.

Est un droit indivisible, non susceptible de quotes-parts (1).

De même que les servitudes prédiales sont indivisibles parce que leur exercice l'est, *quia usus earum individuus est*, de même l'*usus*, élément de la propriété, est indivisible parce que les actes d'usage ne peuvent s'exécuter pour partie, « *uti enim pro parte non possumus* » dit la l. 19, *De usu*, VII, 8 (2).

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'au droit d'usage proprement dit, au *nudus usus*, *sine fructu* (3).

fructus, or nous avons vu, p. 8 n. 1, que ces expressions visent une *obligatio dandi*. 2° « *Sive in testamento relictus* » continue l. 16 pr., or c'est en cas de legs *per damnationem* que le testament donne naissance à une *actio personalis*, et de ce legs *per damnationem* naît une *obligatio dandi*; le rapprochement fait par le texte entre le legs et la stipulation montre que dans le cas de stipulation il s'agit également d'une *obligatio dandi*. 3° La fin du texte s'exprime ainsi : « *Si per annum vel biennium eundem usumfructum non petierit usufructuarius* », *petere usumfructum* c'est réclamer la dation de l'usufruit, sa constitution comme droit réel.

(1) L. 19, *De usu*, VII, 8 « *Usus pars legari non possumus* », cela ne signifie pas que le legs est un mode de constitution ne pouvant s'appliquer à une *pars usus*, cela signifie qu'une *pars usus* ne peut exister, c'est ce que montre le motif donné par la l. 19, « *nam uti pro parte non possumus* ».

(2) Et une scolie des Basiliques précise par des exemples, « *nec enim quis potest pro parte equo vehi vel ambulare* » (L. 12, T. 8, n° 19). Il en est de même de tous les autres actes d'usage parce que ce sont de purs faits. Il s'ensuit que si un droit d'usage appartient à plusieurs sur une même chose, à la suite d'un legs par ex., ce droit appartiendra à chacun d'eux pour le tout (L. 5 § 15 *in medio*, *Commod.*, XIII, 6; v. aussi Bas., *loco cit.*). Cette situation ne pourra manquer de faire surgir des difficultés de fait et, pour y mettre fin, le droit romain accorde un *judicium communi dividundo*. Comment cette action procédera-t-elle en notre hypothèse ? C'est une question appartenant à la théorie de l'indivisibilité des droits réels. Mais de la l. 10 § 1, *Comm. div.*, X, 3, qui s'en occupe, nous retiendrons seulement ces mots : « *sed prætor interveniet et rem emendabit* », *hoc est*, dit Pothier, *emendabit rigorem juris qui usus divisioni obstat* (*Pandectes*, I, p. 346, n. 2).

(3) C'est le seul que vise la l. 19, *De usu*, le passage correspondant des Basiliques est formel à cet égard « *nudi usus pars* », L. 16, T. 8, n° 19.

On sait que la pratique arriva (1) à donner à l'usager le droit de percevoir quelques fruits, la quantité nécessaire pour subvenir à ses besoins. Mais ce droit à une certaine part de fruits reste toujours accessoire, et ce n'est pas lui que les jurisconsultes ont en vue quand ils déclarent l'usage indivisible.

Si l'usage est indivisible et ne peut être constitué *pro parte*, l'obligation de le constituer est aussi indivisible (2).

§ 3.

Habitation.

A l'origine, ce droit se confondait avec l'usage d'une maison et, par suite, était indivisible. Une obligation indivisible pouvait donc naître du legs *per damnationem* du droit d'habitation (3).

Justinien, en permettant au légataire du droit d'habitation de louer l'exercice de son droit, rapprocha singulièrement l'habitation de l'usufruit et on peut dire que dès lors ce droit fût divisible (4).

§ 4.

Operæ servorum.

C'est le droit à un certain nombre de jours de travail.

(1) Par une interprétation large de la volonté du testateur, et c'est uniquement par testament que les textes nous montrent le droit d'usage constitué.

(2) Aucun texte ne fait allusion à cette obligation (v. n. st.).

(3) Cependant ici, comme tout à l'heure pour l'usage, nous ne voyons aucun texte prévoir une telle obligation. C'est que, ainsi que l'a indiqué Thibaut, dans les habitudes romaines la concession d'un droit d'habitation était une sorte d'aumône faite à d'anciens serviteurs ; le testateur faisait lui-même cette aumône directement, concédant ce droit par legs *per vindicationem*, au lieu de charger son héritier de la faire.

(4) Mais, depuis ce prince, il ne fut plus question d'obligation de constituer le droit d'habitation ; le legs, qu'elle qu'en fût la formule, transmet le droit même au légataire à titre de droit réel (L. 1, C., *Comm. de leg.*, VI, 43 ; Inst., § 2, *De leg.*, II, 20).

Il n'y a pas là, à proprement parler, une véritable servitude emportant droit réel sur la chose affectée (1), il y a bien plutôt droit personnel d'exiger certaines prestations (2). C'est pourquoi nous renvoyons nos explications sur ce point au moment où nous traiterons des *obligationes faciendi*.

SECTION QUATRIÈME

CONSTITUTION D'UN DROIT DE SUPERFICIE OU D'EMPHYTÉOSE.

A. — Le superficiaire paraît bien être considéré par le prêteur comme propriétaire de la construction élevée sur le terrain d'autrui (3). Et si la *superficies* constitue une propriété, elle est divisible, pouvant exister comme la propriété ordinaire à l'état d'indivision, c'est-à-dire *per partes* (4).

B. — Quant à l'emphytéote, il jouit du fonds comme

(1) Ce qui le prouve, c'est notamment que le droit aux *operæ* s'éteint par l'usucapion de l'esclave qui y était astreint (L. 2, *De usu leg.*, XXXIII, 2); or, le propre d'un droit réel est de suivre la chose affectée en quelques mains que sa propriété passe. V. Pothier, *Pandectes*, ad l. 1, *De op. serv.*, VII, 7.

(2) Prestations qui peuvent être l'objet soit d'un legs, soit d'un louage, soit d'une stipulation, et être fournies soit par un esclave, soit par un homme libre (L. 3, *De usu et leg.*, XXXIII, 2).

(3) Pellat, *Propriété et Usufruit*, introduction, nos 118 et 119. M. Accarias (I, n° 283) préfère cependant y voir « une servitude d'une nature particulière qui paralyse l'application de la règle *superficies solo cedit* sans y déroger théoriquement. » Mais la fausseté de ce point de vue a été démontrée par M. Garsonnet (*Locations perpétuelles*, p. 110) au moyen d'un argument topique : si la *superficies* était une servitude, elle rentrerait dans la catégorie des servitudes urbaines, puisqu'elle existerait au profit d'une construction, de telle sorte qu'elle ne pourrait être hypothéquée (L. 11 § 3, *De pign. et hyp.*, XX, 1) ; or, il est certain qu'elle peut l'être (L. 16 § 2, *De pign. act.*, XIII, 7), c'est donc qu'elle n'est pas une servitude mais plutôt une propriété prétorienne.

(4) L. 1 § 8, *De superf.*, XLIII, 18 : « *Et si duobus sit communis* ». Or, nous avons vu que l'existence de la copropriété est la preuve de la divisibilité du droit de propriété ; de même pour la superficie.

s'il en était propriétaire, son droit est beaucoup plus étendu que celui d'un usufruitier, sans être cependant celui d'un propriétaire.

Mais que l'on compare ce droit à l'usufruit ou à la propriété, on n'en doit pas moins conclure qu'il est divisible.

Si la superficie et l'emphytéose sont divisibles, l'obligation qui a pour objet leur constitution est aussi divisible.

SECTION CINQUIÈME

CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE.

A l'inverse de ce que nous avons vu se produire pour les autres droits réels, le simple consentement suffit pour créer l'hypothèque, à titre de droit réel (1), ce qui rend superflue une stipulation préalable *de hypotheca constituenda* (2).

Pour apercevoir une telle obligation, il faut imaginer des espèces qui se présenteront rarement, par ex. celle-ci : Primus s'engage par stipulation envers Secundus, pour le cas où ce dernier aurait besoin de faire un emprunt, à garantir cet emprunt en fournissant au prêteur Tertius hypothèque sur un de ses immeubles à lui Primus, le fonds Titien.

On voit combien doit être peu fréquente cette obligation (3). Supposant qu'elle existe, demandons-nous si elle est divisible ou indivisible ?

(1) L. 1 pr., *De pign. act.*, XIII, 7 ; L. 4, *De pign.*, XX, 1.

(2) V. les développements que nous avons donnés aux p. 7 et stes sur les cas d'*obligatio dandi*.

(3) Nous pourrions donc à la rigueur nous dispenser d'en examiner la nature. Si nous ne le faisons pas, c'est uniquement afin d'éviter le reproche de négligence ; mais, tout au moins, nous bornons-nous à présenter de courtes observations, celles seulement qu'il nous paraît indispensable de donner.

L'hypothèque peut-elle être constituée pour partie ? Sans aucun doute. Voici en quel sens : la moitié de l'hypothèque d'un fonds est l'hypothèque de la moitié indivise de ce fonds (1). Et les textes nous montrent que l'hypothèque d'une part indivise de copropriété est possible (2).

Par suite, l'obligation de constituer hypothèque (3) est divisible : la moitié de l'obligation de Primus dans l'esèce ci-dessus est l'obligation de consentir la moitié de l'hypothèque promise, c'est-à-dire d'hypothéquer la moitié indivise du fonds Titien.

(1) L'hypothèque d'une chose en effet est un droit réel qui donne à son titulaire possibilité d'aliéner la chose qui est affectée à la garantie de sa créance (Jourdan, *Hypothèque*, p. 173) ; la moitié de l'hypothèque sera le droit lui permettant d'aliéner la moitié de la chose, c'est-à-dire en définitive l'hypothèque de la moitié de cette chose. On se rappelle que la moitié de l'usufruit d'un fonds est aussi la même chose que l'usufruit de la moitié du fonds. Au contraire, pour les servitudes prédiales, nous avons soigneusement distingué l'indivisibilité *pro parte servitutis* de l'indivisibilité *pro parte domini*. C'est que l'hypothèque et l'usufruit absorbent un des trois éléments de la propriété d'une façon complète ; la moitié de ces droits n'absorbe plus que la moitié de l'élément correspondant, absolument comme le droit qui porterait sur la moitié indivise de la propriété totale. Au contraire, la servitude ne porte que sur un point particulier de l'*usus*, ce qui ne correspond plus avec les droits du copropriétaire du fonds total. D'ailleurs l'*usus*, élément de la propriété, est lui-même indivisible. Il est souvent question de l'indivisibilité de l'hypothèque ; c'est à un point de vue tout spécial, en ce sens que l'hypothèque une fois constituée sur une chose, subsiste sur toute la chose jusqu'à l'entier acquittement de l'obligation (*est tota in toto et in qualibet parte*, dit Dumoulin). Ce n'est d'ailleurs là qu'une interprétation de la volonté des parties dans l'intérêt du créancier, et il peut être convenu entre le créancier et le débiteur, soit lors de la constitution de l'hypothèque, soit postérieurement, que le paiement d'une partie de la dette libérera une partie correspondante de la chose affectée (L. 8 § 3, *Quib. mod. pign.*, XX, 6). On voit que cette indivisibilité de l'hypothèque constituée ne porte aucune atteinte à la nature divisible de l'hypothèque à constituer ; ce sont deux points de vue indépendants.

(2) Gaius, L. 7 § 4, *Quib. mod. pign.*, XX, 6 : « *Si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ...* ». Adde L. 3 § 2, *Qui potiores*, XX, 4 et L. 2, C., *Comm. div.*, III, 37.

(3) Il est superflu de faire remarquer qu'aucun texte ne prévoit l'obligation qui nous occupe.

CHAPITRE DEUXIÈME

Obligationes faciendi.

Facere comprend tous les faits autres que ceux qui ont pour but le transfert ou la constitution d'un droit réel ; c'est dire que le champ d'application de l'*obligatio faciendi* est illimité.

On peut poser en principe l'indivisibilité de ces obligations (1), car leur objet est, sauf certaines exceptions, indivisible.

(1) Cette règle de l'indivisibilité des obligations de faire nous est indiquée par Ulpien dans la l. 72 pr., V. O. « *Stipulationes non dividuntur.... Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit utputa....* ». L'opposition est bien marquée : parmi les obligations de *dare* ne sont indivisibles que celles qui ont pour objet un droit réel indivisible (*earum rerum quæ divisionem non recipiunt*) ; au contraire, ajoute le texte, sont indivisibles les obligations de *facere* (voilà qui est général) par ex., mais ce ne sont que des exemples. La fin du texte *Celsus tamen....*, laisse apercevoir par *a contrario* la même règle générale de l'indivisibilité des obligations de faire. Nombre d'auteurs (notamment Savigny et M. Accarias) prétendent cependant que les Romains ne connaissaient pas cette règle et que pour les obligations de faire, de même que pour les obligations de donner, c'est dans chaque cas particulier qu'il faut examiner si le fait est ou non susceptible d'exécution partielle. Et certains d'entre eux cherchent même à poser *a priori* les règles d'après lesquelles on déterminera si tel fait est divisible ou indivisible (Bartole, Raphael Cuman et Duaren etc.). Dumoulin (n° 203, *Pars II*) va plus loin, il va jusqu'à poser la règle inverse de celle de la l. 72 pr. : en principe l'obligation de faire est divisible sauf exceptions. Bien que cette question ait donné naissance à de nombreuses théories sur le caractère des obligations de faire, nous ne nous y arrêterons pas davantage, car elle n'a que peu d'intérêt pratique. Lorsque nous posons comme règle l'indivisibilité des *obligationes faciendi* en droit romain, nous ne prétendons pas qu'il y ait là une règle absolue, ne comportant aucune exception, c'est une règle simplement générale que nous croyons pouvoir déduire de la l. 72 pr. et de l'examen de la nature générale des faits (examen auquel nous allons nous livrer) ; mais nous admettons fort bien que telle *obligatio faciendi* fasse exception

Pour justifier cette proposition et préciser les idées nous établirons dans la classe des faits possibles un certain nombre de catégories.

D'une façon très générale, l'objet d'une *obligatio faciendi* consiste dans une manifestation de l'activité humaine.

I. — Voyons tout d'abord les obligations de faire les plus simples, celles dont l'objet est uniquement une manifestation quelconque de l'activité humaine.

Ce sera par ex. l'obligation de faire un voyage à Alexandrie (1), d'aller porter une nouvelle ou une proposition à quelqu'un, de monter au Capitole (1), de tuer un animal nuisible, d'enseigner la grammaire (2), de se trouver dans un lieu déterminé (3) et notamment de comparaître (4) ou faire comparaître (5) en justice.

Il y a là de purs faits, *nuda facta*, simples manifestations de l'activité humaine ne comportant pas de division.

C'est là quelque chose d'évidence qui ne se peut démontrer, nous le constatons et cela suffit : on comparait en justice ou on ne comparait pas, il n'y a pas de milieu ; on va à Alexandrie ou on y va pas du tout, l'esprit se refuse à concevoir qu'on n'y aille pour moitié, et on ne peut prétendre avoir rempli la moitié de son obligation si on n'est allé qu'à mi-chemin entre Rome et Alexandrie, ce qu'il

à la règle générale et nous en trouverons un certain nombre d'exemples dans les fragments du Digeste ; la l. 2 pr., V. O., le dit d'une façon formelle : « *Stipulationum quædam in dando quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt, quædam non recipiunt.* » Donc toutes les obligations de faire ne sont pas indivisibles. En réalité, il n'y a là qu'une question de tendance. Ce qui importe, c'est que cette tendance dans un sens ou dans l'autre n'arrive jamais à prévaloir contre les solutions formelles des lois romaines. Pour notre part, nous nous tiendrons aux décisions qui nous sont données au Digeste.

(1) L. 115 § 1, V. O.

(2) L. 71, *Pro socio*, XVIII, 2.

(3) L. 115 pr., V. O.

(4) Gaius, IV, § 184 ; L. 5 pr., *Si quis caut.*, II, 41 ; LL. 97 pr. et 126 § 3, V. O.

(5) L. 9 § 1, *Si quis caut.*, II, 41 ; L. 81 pr., V. O.

faut, c'est aller à Alexandrie, le reste ne compte pas. Il en est de même de tous les faits analogues.

Aucune difficulté ne peut s'élever sur ces hypothèses simples, les textes ne proclament pas pour chacune d'elles leur indivisibilité, mais se contentent du principe général posé pour tous les faits (1).

Parmi ces obligations de faire ayant pour objet de pures manifestations de l'activité (*mera facta*), rentre celle qui incombe au vendeur de veiller à ce qu'aucun trouble ne porte atteinte à la possession paisible de l'acheteur. C'est l'obligation de garantie qui, d'une manière générale, impose au vendeur d'assurer à l'acheteur qu'il gardera la chose à sa disposition matérielle, par suite de laquelle il est obligé au maintien de la *vacua possessio* (2), ce qui le rend responsable de tout trouble de fait (3) suite d'une éviction en justice.

(1) L. 72 pr., *V. O.*, « *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt, Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit.* » V. les observations présentées sur cette règle à la note de la p. 31).

(2) Possession paisible, dit l'art. 1625, Code civil.

(3) On peut justifier que tel est bien l'objet de l'obligation de garantie de la façon suivante. Il a été récemment démontré (Girard, *Nouvelle Revue Historique*, années 1882, 1883, 1884), que, pendant une certaine période de l'histoire du droit romain, le contrat consensuel de vente ne suffisait pas à faire naître l'obligation de garantie à la charge du vendeur. En l'absence d'une mancipation (qui donnait naissance à l'*actio auctoritatis*), une stipulation spéciale était nécessaire, les parties procédaient à cet effet, soit à une simple stipulation *habere licere*, soit à une *stipulatio duplex* pour le cas où *rem emptori habere non licebit*. Dans les deux cas, le vendeur était tenu de *præstare rem emptori habere licere*. Or, ce mot *habere* avait un sens technique qui nous est indiqué par la l. 38 § 9, *V. O.* (cpr. le principium), il exprimait non pas un état de droit mais un état de fait (Girard, *Nouvelle Revue Historique*, 1883, p. 357). Plus tard, la nécessité de ces stipulations spéciales disparut et l'action *empti* sanctionna les obligations qui naissaient auparavant de la stipulation *habere licere*, ces obligations demeurèrent les mêmes et le vendeur fut toujours tenu d'assurer à l'acheteur le maintien de la complète disposition matérielle de la chose, il dut lui garantir la possession paisible, c'est à ce caractère paisible de la possession transmise que l'acheteur a droit.

Si telle est l'obligation de garantie elle est indivisible (1) car dès que l'acheteur est troublé, quelque petit que soit le trouble, il n'a plus en fait la complète disposition matérielle de la chose, il n'en a plus la possession paisible, il n'est plus possible au vendeur de soutenir que son acheteur n'est pas troublé, l'obligation est inexécutée pour le tout.

Cette obligation de garantie se manifeste sous deux formes (2) :

1° Le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui tendrait à troubler la paisible possession de l'acheteur, s'il agissait dans ce but contre lui, il serait repoussé par une exception. C'est une obligation de ne pas faire que nous étudierons plus tard.

2° Lorsqu'un tiers trouble la paisible possession de l'acheteur par une action en justice, le vendeur garant est tenu de venir défendre l'acheteur, il doit prendre son « fait et cause » (3), c'est là une obligation de faire qui est indivisible (4).

II. — Voyons maintenant les obligations de *facere* dans

(1) Il pourrait suffire, pour prouver que telle était la théorie romaine, de citer la l. 3 pr., V. O., qui déclare indivisible l'obligation née de la stipulation *habere licere*. Or nous venons de démontrer à la note précédente, que cette obligation est l'obligation même de garantie. Mais nombre d'auteurs estimant que la promesse *habere licere* ne rend pas le vendeur responsable du fait des tiers et n'engendre qu'une obligation de « ne pas troubler » à la charge du vendeur et de ses héritiers, il se pourrait que la l. 3 pr. ne prévît pas l'obligation générale de garantie, ce que rend d'ailleurs vraisemblable le renvoi fait par cette loi aux deux derniers §§ de la l. 2, qui traitent d'une obligation de ne pas faire. C'est pourquoi nous nous bornerons à invoquer plus tard la l. 3 pr. lorsque nous nous occuperons des obligations de ne pas faire.

(2) Ce sont là les deux chefs de l'obligation de garantie et lorsque l'un ou l'autre n'est pas exécuté, l'obligation se transforme en une obligation de dommages-intérêts comme toute obligation de faire inexécutée.

(3) L. 74 § 2, *De evict.*, XXI, 2.

(4) Cette solution résulte nettement de la l. 62 § 1, *De evict.*, XXI, 2 : « Si ei qui mihi vendidit plures heredes extiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denunciari et omnes defendere debent : si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem et prædictam absentiam, omnibus vincit aut vincitur, recteque cum cæteris agam, quod evictionis nomine victi sint. » « Una de evictione obligatio

lesquelles le fait n'est plus isolé et indépendant mais s'applique à une ou plusieurs choses corporelles existantes sans exiger ni art, ni création.

Comme telles, on peut citer les obligations de veiller à la garde d'un esclave, à la conservation d'un fonds, de transporter une chose d'un lieu dans un autre, d'*exhibere*, de *tradere*, de *restituere*, etc.

est », en présence de plusieurs héritiers du vendeur cette phrase ne peut signifier qu'une chose, c'est que cette obligation de garantie est indivisible. « *Omnibus vincit aut vincitur* » l'implique également car si l'obligation était divisible, ce serait seulement en ce sens que chacun des héritiers ne serait tenu de défendre l'acheteur que pour sa part (Mérignhac, *France judiciaire*, 1881, VI, 1^{re} partie, p. 131), et s'il réussissait il serait soustrait à tous dommages-intérêts ; mais alors c'est *sibi* qu'il intervient au procès, et c'est *sibi non omnibus* qu'il perd ou qu'il gagne, qu'il perde ou qu'il gagne c'est indifférent à ses cohéritiers. Pour que son échec ou son succès soit celui de tous, il faut qu'il soit tenu pour le tout de telle sorte que, s'il ne réussit pas à écarter pour le tout le tiers, tous, y compris lui-même, soient tenus chacun pour leur part d'indemniser l'acquéreur. On pourrait être tenté de voir une autre affirmation de l'indivisibilité de l'obligation de garantie dans ces mots de la l. 139, V. O. « *quia in solidum defendenda est venditio* ». Mais, alors même que l'obligation de garantie serait divisible, cette phrase se justifierait parfaitement à raison de l'hypothèse particulière dans laquelle elle est écrite : il s'agit de la *stipulatio duplæ*, stipulation conditionnelle de somme d'argent, pour que cette somme d'argent ne soit pas due, il faut que l'acquéreur soit défendu pour le tout, *in solidum*, à raison de l'indivisibilité de l'accomplissement de la condition. Cependant les expressions qui suivent (*cujus indivisa natura est*) semblent être l'indication du caractère indivisible de l'obligation de défendre l'acheteur contre tout trouble venant d'un tiers. A quoi bon en effet après avoir dit « *quia in solidum defendenda est venditio* », ce qui s'expliquait que l'obligation de défendre fût divisible ou indivisible, ajouter « *cujus indivisa natura est* » si ce n'est parce que d'une façon générale, en dehors même de la *stipulatio duplæ*, au point de vue de l'obligation de défendre la vente est indivisible, si ce n'est parce que l'obligation de garantie est indivisible. En sens inverse, il ne faut pas invoquer à l'encontre de la théorie de l'indivisibilité de l'obligation de garantie la l. 85 § 5, V. O. ; si Paul n'a pas placé dans la deuxième de ses catégories (celle des obligations indivisibles) le cas dans lequel « *ex causa evictionis intendimus* » pour en faire une catégorie à part avec une *stipulatio pænæ* (§ 6), c'est qu'il ne prévoit là que la *stipulatio duplæ* (Cujas, I, col. 4223 ; Doneau, XI, col. 497, 2) qui, elle aussi, est une véritable *stipulatio pænæ*, il ne s'agit plus d'une obligation indivisible de faire, mais d'une obligation divisible de somme d'argent sous une condition (trouble de l'acheteur) dont l'accomplissement est indivisible (v. la formule de la *stipulatio duplæ* dans *Nouvelle Revue Historique*, 1883, p. 578).

Le fait en question, envisagé en lui-même, est indivisible comme ceux dont nous nous sommes occupé précédemment : on transporte ou l'on ne transporte pas, on restitue ou l'on ne restitue pas, on exhibe ou l'on n'exhibe pas. Mais il peut se faire qu'on transporte seulement une partie de la chose, qu'on ne livre ou ne restitue que cette partie. Dira-t-on alors que l'obligation est exécutée pour partie ?

Autrement dit, les obligations qui nous occupent sont-elles divisibles ?

Les textes du Digeste ne parlent de cette question qu'à propos de l'*obligatio rem tradendi vel restituendi*. C'est cette obligation que nous-même allons examiner. Mais nous appliquerons les conclusions auxquelles nous aboutirons aux autres hypothèses par nous citées, à toutes les obligations d'un fait appliqué à une chose, obligations pour lesquelles la même difficulté se pose.

L'*obligatio tradendi* c'est l'obligation de mettre une chose à la disposition physique d'une personne (1).

(1) C'est donc bien une obligation de faire. *Tradere*, au sens réel du mot, c'est mettre une chose à la disposition physique d'une personne, la lui livrer. C'est ce que les jurisconsultes appellent transmission de la détention. Que le sens propre de *tradere* soit bien celui que nous venons de lui donner, c'est ce que prouvent les textes suivants : Les Inst., § 3 *fine*, *Quib. mod. re contr.*, III, 14, disent du déposant « *qui amico rem custodiendam tradidit* » ; D., L. 7 *pr.*, *Usufr. quem. cav.*, VII, 9, « *si ususfructus nomine re tradita.....* » ; L. 12, *cod.*, « *si vasa tradita sunt fructu causa* » ; L. 1, §§ 36 et 37, *Depos.*, XVI, 3, « *depositarius omnes res debebit tradere* ». Or, le nu-propriétaire ne remet à l'usufruitier, le déposant au dépositaire, que la simple détention de la chose ; et le dépositaire tenu de l'*obligatio tradendi vel restituendi*, n'étant que simple détenteur, ne peut à son tour transférer au déposant que la détention. Dans tout le cours de nos explications, à l'obligation *rem tradendi* nous assimilerons l'obligation *rem restituendi* entendue non pas de *dominio restituendo*, auquel cas ce serait une *obligatio dandi*, mais de *nudæ detentionis traditione*, c'est-à dire d'une véritable tradition, fait dont nous nous occupons pour le moment ; la l. 1 §§ 36 et 37, que nous venons de transcrire, nous y autorise puisque, d'après elle, le dépositaire doit « *tradere* ». Que si, parfois, à ce *nudum factum traditionis* (v. l. 52 § 1, *V.O.*) s'ajoute quelque chose, la tradition pourra produire certains effets juridiques : si chez l'*accipiens* se trouve la volonté de traiter la chose comme lui appartenant, la tradition lui transférera la possession ; elle transférera même la

Cette obligation est-elle divisible (1) *pro parte rei* en ce sens que la livraison d'une partie de la chose soit l'exécution d'une partie correspondante de l'obligation ?

Quand nous parlons de livrer une partie d'une chose nous ne visons pas une partie indivise.

Voici en effet ce qu'il faut entendre par « partie indi-

propriété si chez le *tradens* propriétaire se trouve la volonté d'aliéner et chez l'*accipiens* celle d'acquérir. Cependant tout ceci n'empêche pas que la tradition par elle-même ne soit le fait de mettre une chose à la disposition d'une personne. Et lorsqu'on parle de l'*obligatio tradendi*, c'est le fait de la tradition que l'on vise, il y a *obligatio faciendi* et jamais *obligatio dandi*. Sans doute, la possession ou la propriété pourront se trouver transférées si, à la remise de la chose, s'ajoutent certains éléments intellectuels ou juridiques, mais ce transfert de possession ou de propriété est le résultat de l'exécution d'une obligation qui, par elle-même, est une *obligatio faciendi*. Sans doute aussi, le fait de la tradition peut servir à exécuter une *obligatio dandi* s'il s'agit d'une *res nec Mancipi*. Mais l'obligation spéciale d'accomplir ce fait, l'*obligatio tradendi*, est une *obligatio faciendi*. Et quant à dire qu'elle devienne une *obligatio dandi* lorsque, par suite de son exécution la propriété sera transférée, c'est là une confusion qu'on est étonné de rencontrer chez un jurisconsulte aussi éminent que Savigny (*Obligations*, § 32, traduction Gérardin et Jozon, 2^e éd., t. I, p. 371, 374 et 375), confusion entre l'obligation elle-même et les effets possibles de son exécution. L'obligation *rem tradendi*, prise en elle-même, ne s'entend que de la remise de la chose, sa nature ne varie pas, elle est toujours une *obligatio faciendi* (v. l. 4 pr., *De reb. cred.*, XXII, 1, qui parle du *factum tradendi*).

(1) La question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'*obligatio rem tradendi* est des plus délicates et des plus controversées. Dumoulin la comparant à l'Hydre de Lerne a pu écrire (*Pars II*, n^o 300) « *Ecce initio septem tantum super hac bicipiti quæstione opiniones numerabam, deinde rursus cuncta evertendo inveni quatordecim, mox quindecim; adhuc his scriptis duæ alix et sic septemdecim, et omnes erroneæ apparuerunt, adeo multiplicat hujus Hydræ capita. Vides quot et quam multiplices ingeniorum cruces quæ me certe per virginti annos et ultra torserunt et adhuc perpetuo sine fructu contorsissent, nisi jugi studio, lectione, meditatione, longoque rerum usu detritis, tamdiu rursus pertinacissime oblutassem, donec Deo dante ad legalis æquitatis fontes inventa veritate pervenissem.* » On nous permettra de passer sous silence ces nombreuses opinions que l'on trouve exposées et réfutées dans l'*Extrictio* (*Pars II*, n^{os} 278-354). Nous établirons solidement (et si possible clairement) celle qu'un sérieux et indépendant examen des textes nous a permis de construire et qui ne se trouve pas comprise dans l'énumération de Dumoulin. Chemin faisant, nous parlerons de la dix-huitième opinion émise par Dumoulin, reprise de nos jours avec des arguments différents par Savigny, opinion déclarant l'obligation qui nous occupe divisible à tous égards.

visé ». Des parties sont le résultat de la division d'un tout ; celles obtenues par une division simplement intellectuelle sont dites indivises, ce sont des quotes-parts données par une division portant non pas sur une région déterminée de la chose, par ex. du fonds, mais sur chacune des molécules de ce fonds. Une part indivise en un mot c'est une part dans chacune des molécules du fonds ; or ces molécules ne sont que des conceptions de l'esprit, il s'ensuit que la part indivise, c'est-à-dire la part dans ces molécules, est elle-même une abstraction, n'existe pas dans la réalité, *animo tantum intelligitur* dit la l. 5 *initio*, *De stip. serv.*, XLV, 3 (1).

Il ne peut dès lors être question de mettre une part indivise, c'est-à-dire une abstraction, à la disposition physique d'une personne (1). D'ailleurs ces parts sont précisément qualifiées d'indivises parce que portant toutes sur chacune des molécules, elles se confondent et ne peuvent être séparées physiquement les unes des autres. Il est im-

(1) Aussi ne peuvent-elles être indiquées autrement que par un rapport numérique $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{2}{5}$, etc. Il est à remarquer que la division intellectuelle ne porte aucune atteinte à l'intégrité de la chose ; les parties qu'elle produit laissant subsister le tout comme tel, certains jurisconsultes Romains y voyaient les véritables parties juridiques (par opposition aux parties divises) et voulaient réserver pour elles le mot de « *pars* » (L. 25, § 1, *V. S.*, L, 16).

(2) Dumoulin avance cependant catégoriquement le contraire au n° 303, *Pars II* : « *Ego vero dico quod etiam nuda asinina detentio fundi potest tradi non solum pro parte divisa sed etiam pro parte indivisa, ut si heres pro quarta parte indivisa locat partem suam fundi hæreditarii colono ad unum vel tres annos, potest illi tradere nudam asininam detentionem dictæ quartæ partis indivisæ non modo soli sed etiam instrumentorum fundi.* » Et au n° 304 « *Idem per omnia dicendum de obligatione rem restitui etiamsi de nuda detentionis restitutione agitur ut in actione commodati.* » Nous avouons n'avoir pu trouver comment le cohéritier, qui a loué sa quote-part dans une ferme, pourra, en exécution de son obligation, faire au preneur la remise physique de sa seule quote-part dans le fonds, « *nudam detentionem tradere dictæ quartæ partis indivisæ* », transmettre la détention physique d'une abstraction. Savigny qui, lui aussi répond « sans hésitation et sans exception aucune » non à la question de savoir si l'obligation *fundum tradendi* est indivisible, omet, comme Dumoulin, de fournir des renseignements sur ce point intéressant.

possible de faire tradition d'une part indivise sans faire en même temps tradition des autres parts puisqu'elles sont toutes indivises et ne peuvent être séparées, on ne peut livrer la moitié de chacune des molécules sans livrer l'autre moitié, c'est-à-dire qu'on ne peut *tradere* que la totalité de la chose (1). A ce point de vue l'obligation *rem tradi* est

(1) Bien observer que nous employons toujours le mot *tradere* dans son sens propre, comme désignant le fait de mettre une chose à la disposition physique d'une personne. Mais, comme il suffit qu'à cette remise de la chose s'adjoignent certains éléments intellectuels ou juridiques pour qu'il y ait transfert des droits de propriété ou de possession, il arrive parfois que les textes emploient le mot *tradere* pour indiquer l'effet produit dans ces cas, c'est-à-dire le transfert de la propriété ou de la possession, transfert qui peut s'opérer par parties. Au lieu de dire « acquisition et transfert de propriété ou possession par tradition » les textes se bornent à dire « tradition ». Une bonne analyse juridique doit, au contraire, séparer le fait même de la remise de la chose du résultat variable que ce fait peut produire. Deux exemples vont confirmer notre observation.

Premier exemple.—L. 6 § 2, *De act. empti et vend.*, XIX, 1, « *Sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula ædificata, partem dimidiam mihi retradas,* ». *Partem dimidiam ædificii retradere*, v. Bas., XIX, 8, 6. Les immeubles bâtis, les maisons, n'étant pas susceptibles de parties divises, comme nous le dirons plus loin, *partem dimidiam* ici vise une part indivise, abstraction qu'il ne peut s'agir de mettre à la disposition physique d'une personne. Voici alors ce que signifie le texte : Primus a vendu à Secundus un terrain et lui en a fait tradition ; mais ce que doit Primus ce n'est pas une simple remise matérielle, il doit *vacuam possessionem tradere* ; *tradere* signifie donc, dans notre texte, transférer la possession. L'ensemble de l'hypothèse nous fait même penser qu'il signifie ici transférer la propriété (civile ou prétorienne) : Primus a transféré à l'acheteur la propriété (Primus y est obligé s'il est lui-même propriétaire, car il doit ne pas commettre de dol) ; Secundus, devenu propriétaire, construira la maison et devra à son tour *partem dimidiam ædificii tradere* c'est-à-dire transférer à Primus la propriété de la moitié de la maison (*retro dare*, donner en retour, note de Denys Godefroy sous notre loi) v. Glück, XVII, p. 224. Notre texte vise donc le transfert de la propriété d'une partie indivise, transfert de propriété qu'il suppose effectué, réalisé par une tradition.

Deuxième exemple.—L. 26, *De adq. v. amitt. poss.*, XLI, 2, « *Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest. . . .* ». La corrélation entre les deux phrases de ce texte suffit à prouver que le mot *tradi* de la seconde désigne la possession ; le texte commence par dire « *locus certus et certa pars pro indiviso possideri et usucapi possunt* », puis il donne la règle inverse pour l'*incerta pars* « *incerta autem pars nec tradi (hoc est possideri) nec capi potest.* » Deux autres textes d'ailleurs nous donnent la même règle

indivisible.

Quid de la livraison d'une part divisée de la chose?

Les parts divisées ce sont les parties réelles produites par la division effective de la chose (*per solutionem con-*

dans les termes suivants : « *Incertam partem rei nemo possidere potest* » (L. 3 § 2, *De adq. v. amitt. poss.*, XLI, 2 ; L. 32 § 2, *De usurp.*, XLI, 3). Aucun doute ne subsiste donc sur le sens à donner au mot « *tradi* » de la l. 26. Et Savigny lui-même (*Possession*, p. 245, n. 1, 2^e éd. de la trad. Stœdtler) le traduit par « on ne peut en acquérir la possession. » La tradition étant en effet le moyen d'acquérir la possession, le jurisconsulte romain a parlé du moyen pour indiquer l'effet produit.

Mais alors, semble-t-il, autre difficulté : comment acquérir la possession d'une part indivise si le moyen fait défaut, si on ne peut effectuer la remise matérielle de cette part indivise ? Il est facile d'y répondre. La possession, en effet, se compose de deux éléments : le *corpus* et l'*animus*. Le *corpus*, c'est la possibilité matérielle de faire de la chose ce que l'on veut et d'en écarter toute action étrangère (Savigny, *op. cit.*, p. 193). Eh bien, cette possibilité matérielle que la tradition a pour but de procurer, ce pouvoir physique sur la chose, voilà ce qui ne se comprend pas *pro parte rei indivisa* et qui ne peut que porter sur la chose entière. Mais l'*animus*, élément interne, peut sans aucune difficulté se restreindre à une part indivise, le possesseur peut avoir la volonté de ne traiter comme lui appartenant qu'une partie indivise de la chose et cela suffit pour qu'il n'ait la possession que *pro parte indivisa*. Lorsqu'il y a copossession (il en est de même de la copropriété), chacun des copossesseurs a le pouvoir physique de disposer de la chose entière, mais la volonté de chacun d'eux est de ne se comporter en maître que d'une part indivise. Voici donc comment s'opérera l'acquisition d'une part de possession : le *tradens* conduira l'*accipiens* sur l'immeuble, il lui remettra la clef du bâtiment où se trouve le meuble et lui transférera ainsi un *corpus* intégral, il le mettra à même de disposer physiquement de la chose entière. Mais la volonté des parties restreindra l'*animus* de l'*accipiens* à une partie indivise de la chose, et celui-ci acquerra ainsi seulement une quote-part de possession sans que d'ailleurs les autres copossesseurs aient aucunement à intervenir. Rien n'est plus simple, on le voit, que l'acquisition d'une part indivise de possession et, par conséquent, rien de plus simple que l'acquisition d'une part correspondante de propriété au moyen de la tradition (hypothèse de la l. 6 § 2, *De act. empti et vend.*). Par ex. c'est un héritier pour 1/4 qui veut aliéner au moyen de la tradition sa part de propriété d'une *res nec Mancipi* et même sous Justinien d'une *res* quelconque, d'un fonds italique par ex., il conduira l'acquéreur sur le fonds, lui transférera la possession du quart de l'immeuble et par là même la propriété de ce quart. Finalement, bien que le fait de la tradition, c'est-à-dire le simple transfert du pouvoir physique ne puisse porter sur une *pars indivisa*, il n'en reste pas moins possible de transférer par tradition la possession et la propriété d'une telle part indivise.

tinuitatis), elles résultent du morcellement de cette chose, par ex. une masse de métal que l'on sépare en deux masses moitié plus petites, un fonds de terre dans lequel on trace de nouvelles limites donnant ainsi naissance à des fonds plus petits, parties du fonds antérieur.

La physique nous apprend que la divisibilité est une propriété des corps ; au point de vue physique toutes choses sont divisibles.

Au point de vue juridique au contraire, peu de choses sont divisibles.

Cela tient à ce que la science du droit s'occupe des choses seulement en tant qu'elles constituent des biens, c'est-à-dire au point de vue de l'utilité qu'elles procurent aux hommes (1) ; or cette utilité elle-même, vient de ce que la chose a une certaine forme qui la caractérise, en fait un tout et la rend propre à remplir telle ou telle destination dans l'ordre des besoins des hommes. Le jurisconsulte par suite ne considérera une chose comme divisible :

1° Qu'autant que la division laissera subsister dans chacune des parties l'idée du tout, de telle sorte que chacune des parties ayant conservé l'idée du tout, se trouve être de nature identique, soit avec les autres parties, soit avec le tout ;

2° Avec une utilité proportionnelle à celle qu'aurait procurée le tout lui-même, de telle sorte que la valeur additionnée des diverses parties reproduise la valeur totale de l'unité primitive (2).

Sans entrer dans l'examen des difficultés qui se présen-

(1) Accarias, n° 189 *initio*.

(2) Ces deux caractères nous sont signalés par la l. 26 § 2, *De leg.* 1°, XXX, qui déclare une chose indivisible : soit lorsqu'elle est « *naturaliter indivisa* », et par là il faut entendre d'après la l. 35 § 3, *De rei vind.*, VI, 1, une chose « *quæ sine interitu dividi non potest* », *sine interitu substantiæ* comme le dit Scipio Gentilis (chap. II *initio*), une chose dont la nature propre s'oppose à la division ; soit lorsque « *sine damno divisio ejus fieri non potest* ».

tent en fait sur la nature de telle ou telle chose, nous pouvons dire que, dans la majeure partie des cas, les deux caractères dont nous venons de parler ne se rencontrent pas.

Le premier caractère manque aux immeubles bâtis, et, parmi les meubles, il manque notamment aux animaux vivants, aux instruments de culture, aux meubles meubles, aux ouvrages d'art, etc.

Il se rencontre, mais sans le second, notamment chez les pierres précieuses, les miroirs, les glaces, les planches, les lambris, etc.

Comme choses divisibles c'est-à-dire (1) « comme choses dont la division ne détruise pas l'idée du tout et ne diminue pas la valeur totale » il ne reste guère : parmi les meubles que ceux *quæ pondere, numero, mensurave constant* (2) et dans quelques cas les immeubles non bâtis (3).

(1) Savigny, *Obligations*, I, p. 341.

(2) Ce que Savigny (*Système*, VI, p. 126, trad. Guenoux) appelle les « quantités » c'est-à-dire les choses qui dans un rapport de droit sont envisagées non pas dans leur individualité mais uniquement dans leur quantité déterminée par le nombre, le poids ou la mesure : une masse de métal brut déterminée par son poids (*certum pondus auri in massa constituti* dit l'al. 12, C., *Dep.*, IV, 34) ; une somme d'argent (*pecunia numerata*) déterminée par le nombre des pièces prises comme unités (*quingenta aureos dari spondes?* L. 115 pr., V. O.) ; des tissus non encore convertis en vêtements ; un corps liquide quelconque qui est désigné par la capacité de son contenant : du vin (*vini Campani amphoræ centum*), de l'huile, etc. ; de même pour les grains (*centum modii hordei, tritici*, . . . L. 74, V. O.), etc. La division de ces quantités par le comptage, le mesurage ou le pesage s'effectue très facilement et exactement, ainsi que nous avons eu occasion de le démontrer à propos de l'obligation de *dare quantitatem*, on prendra un nombre, une mesure, un poids moitié plus petits (v. p. 15).

(3) Un immeuble non bâti est une partie de la surface de la terre entière, on ne le considère comme unité spéciale que par suite d'une limitation due à la volonté de l'homme ; au moyen de limites plus étroites, on peut donner naissance à des fonds plus petits. Quand pourra-t-on dire que ces fonds sont des parties du fonds primitif ? Lorsque, en fait, les deux caractères ci-dessus précisés seront réunis. Il est essentiel en effet que les parties obtenues ne diffèrent pas entre elles en bonté et en valeur, et de plus, il faut que le morcellement n'amène pas une diminution sensible dans la valeur totale du fonds.

Ceci posé, c'est-à-dire, étant connues les rares choses qui, au point de vue juridique, sont susceptibles de parties divisées, revenons à notre point de départ et demandons-nous si la livraison de la moitié divisée de la chose n'est pas l'exécution de la moitié de l'obligation *rem tradendi*.

La solution est différente selon qu'il s'agit d'une obligation *rem mobilem tradendi* ou d'une obligation *fundum tradendi*.

Obligation *rem mobilem tradendi*.

Une distinction doit être faite : si le meuble ne peut être divisé en parties divisées, l'obligation est indivisible et notamment la tradition ne pourra se faire que de la chose entière (*omnem debebit tradere*) ; si, au contraire, le meuble objet de la tradition est susceptible de parties divisées, par ex. s'il s'agit d'une somme d'argent (1), la livraison d'une partie divisée de cette chose est possible et correspond exactement à l'exécution d'une même partie de l'obligation qui est déclarée divisible (2).

(1) L. 1 § 36, *Dep.*, XVI, 3, suppose même que la somme d'argent est renfermée dans un sac cacheté (ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'il s'agit de dépôt), un tel sac d'écus semble devenir un meuble corps certain, un tout ayant une individualité propre et par suite non susceptible de division, mais comme le sac, dans l'hypothèse, est un élément sans valeur, on ne considère que la somme d'argent qui est divisible.

(2) La distinction que nous venons de faire est présentée par la l. 1 § 36, *Dep.*, XVI, 3, de la façon la plus nette : « *Si pecunia in sacculo signato, . . . ; sed si res sunt quæ dividi non possunt. . .* ». Elle est d'ailleurs corroborée par d'autres textes ; l'un (L. 22, *Dep.*, XVI, 3) parlant du dépôt d'un plat (*lanx*, chose indivisible, dit que « *nisi pro solido res non potest restitui* » ; au contraire la l. 12, C., *Dep.*, IV, 34, visant le dépôt d'un *certum pondus auri* ou de *certa pecunia numerata* parle de la restitution opérée par le dépositaire à l'un des héritiers du déposant de sa part seulement (*portionem suam, partem suam*). V. les scolies ajoutées à ce texte aux Basiliques, XIII, 2, 45. Il est à remarquer que ces divers textes se réfèrent à la restitution à opérer par un dépositaire. Mais nous ne voyons aucun motif de ne pas appliquer leur décision à toute obligation de restituer qui ne porte que sur la détention (commodataire, créancier gagiste, preneur, etc.), et plus généralement à toute obligation de *tradere*. Nous en trouvons la preuve dans un texte relatif à la vente, L. 31 § 8, *De ædil. ed.*, XXI, 1. Il s'agit dans ce texte d'un esclave commun qui a acheté une chose indivisible, dans

Obligation *fundum tradendi*.

Celle-ci est toujours indivisible que l'immeuble soit ou ne soit pas susceptible de parts divisées (1).

l'espèce un autre esclave, l'un des maîtres ne peut pas, dit Marcellus, en offrant sa part du prix, réclamer la tradition de l'objet acheté ; le jurisconsulte nous en donne cette raison : le vendeur, à titre de sûreté, a droit de garder par devers lui la détention de la chose jusqu'à parfait paiement, or, dans notre hypothèse, s'il devait, en recevant une partie du prix, faire la tradition correspondante, il ne pourrait faire autrement que de se dessaisir de la chose entière, de sorte que, pour le reste du prix, il n'aurait plus la garantie à laquelle il a droit (v. Maynz, II, § 240, n. 7, 4^e éd.). Mais par *a contrario*, s'il s'agissait d'une chose divisible, il en serait autrement : Primus achète à Secundus 100 sacs de blé, Primus meurt laissant deux héritiers, l'un d'eux peut, en offrant la moitié du prix réclamer 50 sacs, l'action *empti* se divisera. Nous retrouvons donc en matière de vente notre distinction. Et qu'on n'objecte pas à cette théorie, ainsi que le faisaient Scipio Gentilis (*De dividuis et individuis obligationibus*, chap. XVIII, t. I de ses *Opera*, p. 157 et 158) et d'autres la l. 3 § 3, *Commod.*, XIII, 6, parce que ce texte vise non l'*obligatio restituendi* mais l'*obligatio ad id quod interest* qui est née par suite du défaut de restitution (ce texte lui-même prévoit le cas spécial où le défaut de restitution est dû au fait d'un seul pour mettre tous les dommages-intérêts à sa charge).

(1) La l. 72 pr., *V. O.*, ne laisse subsister aucun doute à cet égard, elle déclare indivisible sans aucune distinction l'obligation *fundum tradendi*. Ce texte, qui est formel, ne laisse pas que d'être fort gênant pour les jurisconsultes qui regardent l'obligation *rem tradendi* comme divisible. Leur seule ressource est de prétendre qu'il vise une hypothèse particulière. Savigny (§ 32, t. I, p. 375 et s.), et après lui M. Accarias (n^o 516, t. II, p. 251, n. 2) pensent qu'à l'obligation *fundum tradendi* dont parle Ulpien était adjointe une *stipulatio pænæ* « *spondesne fundum tradi et nisi traditus erit fundus centum dari?* ». C'est là une supposition purement gratuite que rien dans le texte ne laisse entrevoir. Elle doit d'autant moins être admise qu'elle n'expliquerait rien quand bien même elle serait exacte car l'adjonction d'une *stipulatio pænæ* à une obligation divisible n'a nullement pour effet de rendre cette obligation indivisible (M. Accarias le reconnaît lui-même, *loc. cit.*), il ne nous est pas dès lors permis de supposer qu'Ulpien ait confondu les effets de l'indivisibilité d'une obligation avec ceux de l'indivisibilité d'une condition. D'ailleurs, comment concevoir que, donnant des exemples d'obligations parfaitement indivisibles, Ulpien ait eu l'idée d'y mêler une obligation de sa nature divisible et qui ne serait, dans l'espèce, indivisible que par suite d'une circonstance particulière (adjonction d'une *stipulatio pænæ*), circonstance que le jurisconsulte omet précisément de nous signaler alors que c'est elle qui donne à l'exemple sa raison d'être. A cette affirmation de Savigny on peut appliquer ce que M. de Vangerow (§ 567, III, p. 10 *fine*, 7^e éd., 1869) dit de l'interprétation donnée par Savigny de la 3^e et dernière phrase de

Il nous faut maintenant expliquer pourquoi lorsque le meuble est divisible l'obligation elle même le devient et pourquoi cependant lorsqu'il s'agit d'un fonds divisible l'obligation reste indivisible.

Que l'obligation devienne divisible lorsque la tradition qui en est l'objet peut se faire par parties identiques c'est ce qui se comprend facilement, ce n'est qu'une pure application du principe posé au début de nos explications (p. 3). Mais qu'il en soit autrement lorsqu'il s'agit d'un immeuble non bâti voilà qui paraît moins logique.

Toutefois au point de vue pratique la décision de la l. 72 pr. se justifie assez bien. Lors en effet qu'il s'agit de quantités mobilières la division matérielle s'opère facilement et donne des résultats aussi mathématiquement exacts que la division intellectuelle. S'il s'agit au contraire d'un immeuble, d'un fonds non bâti, on peut sans doute théoriquement concevoir une division matérielle donnant des parts égales, mais en fait il sera excessivement rare que l'on arrive à cette complète égalité des parts, à leur identité qui est nécessaire pour que l'obligation soit qualifiée divisible. Sur ce point auraient surgi nombre de difficultés qui disparaissent avec la décision de la l. 72 pr.

la l. 72 pr. (*Celsus tamen...*) et la qualifier d'affirmation plus que hardie. Il en est de même de celle de Dumoulin (nos 306 à 316). Pour Dumoulin la circonstance particulière qui rend l'obligation *fundum tradendi* indivisible dans l'hypothèse de la l. 72 pr., c'est que la tradition y est due en vue d'une fin déterminée, *ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo, qui quidem usus et finis non potest haberi pro parte* (Pars II, n° 313 initio), par ex. (c'est l'ex. donné par Pothier, *Traité des Obligations*, n° 295 *fine*) si, voulant bâtir ma maison et n'ayant point de chantier pour y placer les matériaux nécessaires que je veux faire venir ici pour cela, je conviens avec mon voisin « qu'il me donnera l'usage d'une pièce de terre qu'il a près de ma maison pour me servir de chantier ». A Dumoulin s'appliquent les objections que nous adressions à Savigny, son explication de la l. 72 est tout aussi divinatoire. De plus, aucun texte du Digeste, à notre connaissance, ne fait allusion à cette prétendue indivisibilité conventionnelle que Dumoulin sous-entend dans la l. 72 pour les besoins de son système. Prenons donc la l. 72 pr. dans son sens naturel et considérons l'obligation *fundum tradendi* comme aussi généralement indivisible que le sont les autres obligations citées par ce texte.

Voici en outre un inconvénient particulier qui est épargné au créancier : c'est par ex. un bailleur, le fermier est mort au cours du bail laissant deux héritiers qui ont pris chacun la moitié du fonds pour le cultiver. Si l'obligation *fundum tradendi* était divisible, à l'expiration du bail l'un d'eux restituant serait libéré, l'autre ne restituant pas la moitié qu'il détient le bailleur n'obtiendrait contre lui par l'action *locati* qu'une condamnation pécuniaire. Sans doute avec cet argent il pourrait acheter un terrain d'égale contenance et valeur. Mais il est à remarquer qu'il aurait ainsi deux fonds situés peut-être loin l'un de l'autre au lieu de l'exploitation unique que lui permettrait la restitution totale. L'obligation étant déclarée indivisible sera réputée inexécutée pour le tout, le bailleur obtiendra le montant de la valeur totale avec lequel il pourra se procurer un nouveau fonds de même étendue, susceptible d'une exploitation unique (1). Ce danger le créancier d'une chose mobilière ne le court pas puisqu'il peut toujours réunir les deux moitiés en un seul tout.

Quelle que soit la valeur de l'explication qui précède il n'en reste pas moins acquis que la solution donnée par nous respecte les textes du Digeste en les appliquant distributivement (2).

Finalement la conclusion à laquelle nous conduit notre étude de l'obligation *rem tradendi* est la suivante : cette obligation est indivisible, sauf lorsque l'objet de la tradition est une quantité, une somme de choses fongibles.

(1) On remarquera qu'ici l'héritier du preneur qui voudrait restituer se trouve empêché de le faire et doit payer la moitié de la valeur du fonds. Les jurisconsultes romains ont passé outre parce que l'inconvénient est assez minime pour lui, en vendant le fonds il se procurera de quoi payer la moitié de la condamnation. D'ailleurs les textes nous apprennent que s'il est en perte par suite de la non exécution du chef de son cohéritier il aura un recours contre lui, *ne unius factum cæteris damnosum sit*. LL. 25 § 12 et 44 § 5, *Fam. etc.*, X, 2 ; L. 2 § 5, *V. O.*

(2) C'est là une considération importante qui doit toujours guider le jurisconsulte dans l'interprétation des lois romaines.

Cette conclusion il faut l'appliquer à toutes les *obligationes faciendi* de la même catégorie, celles dans lesquelles le fait s'applique à une chose qui existe déjà, sans exiger ni art ni création.

Notamment nous dirons que l'obligation de transporter une chose d'un lieu dans un autre est indivisible sauf le cas où ce qu'il faudrait transporter serait une quantité de choses mobilières. De même pour le cas où le fait *in obligatione* (1) serait l'exhibition d'une chose.

III.—Passons aux obligations dans lesquelles le fait a pour but une certaine création, dont l'objet est de *facere opus*.

Opus ici c'est l'œuvre produite par le travail d'un ouvrier (2), c'est un ouvrage ayant sa forme, son nom spécial et n'existant comme tel, avec son utilité propre, qu'autant qu'il est achevé (3).

Comme exemples d'*opus* nous citerons : le creusement d'un fossé (4), d'un étang, la construction d'une maison (4), sa consolidation (5), celles d'une salle de bain (6), d'un théâtre (6), d'un stade (6), d'un navire (7), la démolition d'une

(1) Le plus souvent il n'y aura pas obligation au sens propre, il y aura nécessité d'obéir à l'ordre du juge dans l'action *ad exhibendum*, d'y obéir intégralement.

(2) *Id est*, dit la l. 5 § 1, V. S., *ex opere facto corpus aliquod perfectum*. Cette phrase nous montre que le mot *opus* est susceptible de deux sens. Tout d'abord, il s'applique au fait même de travailler, simple manifestation de l'activité humaine. Il correspond alors au mot grec *εργον* qui dérive de *εργαζομαι* travailler. C'est ce que les Romains désignent de préférence par le mot *opera* (*operari*, travailler), réservant l'expression *opus* pour désigner la production d'une œuvre déterminée et cette œuvre même, ce que les Grecs appelaient *αποτελεσμα* qui signifie proprement « effet » et qui vient de *αποτελειν*, achever, produire, *perficere*.

(3) *Partibus suis omnibus absolutum*, comme le fait remarquer Pothier, *ad l. 5 § 1, V. S.*, t. III, p. 591, n. 3. Ce caractère de l'*opus* est mis en relief dans la l. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 « *Negue enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur qui eam propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit* ».

(4) LL. 72 pr. et 75 § 7, V. O.

(5) LL. 72 § 2 et 98 § 1, V. O.

(6) L. 80 § 1, *Ad Leg. Falc.*, XXXV, 2.

(7) L. 44 § 6, *De obl. et act.*, XLIV, 7.

construction quelconque, la destruction d'un ouvrage (1), la confection d'un habit, la peinture d'un tableau, la création d'une statue (2), la fabrication d'un instrument de musique, etc. L'obligation qui nous occupe, l'*obligatio operis faciendi* est indivisible (3) parce que son objet est tel.

Tout d'abord le fait même de construire, creuser, confectionner etc. est indivisible comme tout fait envisagé en lui-même. En outre il ne peut être question de construire une partie d'*opus* ; cela résulte de la définition même que nous venons de donner de l'*opus* : ouvrage formant un tout, n'existant comme tel qu'autant qu'il est achevé (4). Jusque là il n'y a rien de l'*opus*, c'est seule-

(1) L. 2 § 1, *De stip. præt.*, XLVI, 5. Cette loi comme exemple d'obligation ayant pour objet une *restitutio operis* cite celle qui naît de la stipulation *ex operis novi nuntiatione*, or c'est là une stipulation prétorienne, ce qui prouve que des obligations indivisibles peuvent naître aussi bien de stipulations prétoriennes que de stipulations conventionnelles, par ex. l'obligation créée par la deuxième clause de la *stipulatio fructuaria*, obligation indivisible de restituer la chose à la fin de l'usufruit (v. p. 36, n. 1).

Faisons également remarquer qu'elles naissent aussi bien de contrats de bonne foi que de contrats de droit strict, par ex. l'obligation de construire une maison que visent les textes de la n. 4 p. 47 peut prendre sa source soit dans une stipulation soit dans une *locatio operis*.

(2) L. 11 § 24, *De leg. 3^o*, XXXII. Il s'agit certainement dans ce § 24 de l'obligation de faire une statue, sa corrélation avec le § 23 et l'assimilation qu'il fait avec les autres objets d'obligation *quæ divisionem non recipiunt* ne peuvent laisser place à aucun doute ; s'il s'agissait de l'obligation de *dare* une statue déjà existante, rien ne serait plus divisible.

(3) L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 « *Si opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum* » c'est-à-dire que l'obligation née de ce legs *per damnationem* est indivisible, de telle sorte que « *etsi plures heredes sint singuli in solidum tenentur* », ce qui est la caractéristique de l'obligation indivisible. L. 85 § 2, *V. O.* « *Secunda species* (celle dans laquelle *totum peti necesse est nec divisum præstari potest*) *pertinet ad opus quod testator fieri jusserit ; ...* ». L. 11 § 23, *De leg. 3^o*, XXXII « *Si in opere civitatis faciundo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri,* ». *Adde* L. 2 § 1, *De stip. præt.*, XLVI, 5, au sujet de la démolition d'un ouvrage.

(4) Remarquons d'ailleurs que, une fois achevé, l'*opus* ne serait pas susceptible de parties divisées parce que la division matérielle ferait disparaître l'idée du tout (v. *supra* p. 42).

ment par suite de la *consummatio* que l'*opus* existe (L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXV, 2, citée à la n. 3 de la p. 47), jusque là, par conséquent, il ne peut être question de partie d'*opus*, il n'y a pas de partie de ce qui n'existe pas (1).

IV. — L'objet de l'*obligatio faciendi* peut être la mise de l'activité d'une personne au service d'une autre pendant un certain temps, pendant un jour (2), c'est l'*obligatio operæ* (3).

Cette obligation est indivisible parce que les Romains ont envisagé la journée de travail comme formant un tout indécomposable, un *officium diurnum* qui perd son nom si le travail n'est pas presté toute la journée ; ce n'est pas un composé d'*officia horaria*, de telle sorte qu'un travail de 6 heures ne sera pas considéré comme l'exécution de la moitié de l'*opera* (4).

(1) Tant que la maison n'est pas terminée il n'y a ni maison ni demi-maison, il y a seulement des matériaux assemblés, des murs élevés,...., mais il n'y a rien de l'*opus* dû (L. 80, citée p. 47, n. 3). Sans doute à un certain moment, dans le langage du monde, on dira que la maison est à moitié construite, que la construction est à moitié. Cela signifie simplement, suivant les points de vue, que l'argent dépensé pour les travaux déjà exécutés représente à peu près la moitié de la dépense totale, que le temps écoulé jusqu'alors représente la moitié du délai nécessaire pour arriver au bout des travaux. Mais, au point de vue juridique, il est impossible de parler de demi-maison.

(2) Nous parlerons plus loin de la pluralité des journées de travail, de l'*obligatio operarum* (v. p. 54).

(3) C'est bien la journée de travail que les Romains qualifient *opera* : « *Opera est quotidianum ministerium* » disent les Basiliques au début du T. 3, L. 49 ; « *est diurnum officium* » dit le Digeste, L. 3 § 1, *De op. lib.*, XXXVIII, 1.

(4) Pomponius nous donne cette solution dans la même l. 3 § 1. Deux autres textes affirment l'indivisibilité de l'*opera* : Ulpien, L. 15 § 1, *eod. tit.*, « *neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera* » ; Paul, L. 1 § 9, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2, « *nec pars operæ intelligi potest* ». Cependant deux textes admettent que l'on peut « *petere partem operæ* ». Voici en quel sens. Le premier de ces textes est de Pomponius (celui-là même qui dit ailleurs, L. 3 § 1 citée *supra*, que *pars operæ per horas solvi non potest*), L. 8, *De op. lib.*, « *et deberi et peti posse partem operæ* (remarquons bien ce qui suit), *cum semper præterita opera, quæ jam*

V. — Obligations dont l'objet est la conclusion d'une opération juridique c'est-à-dire l'accomplissement d'un acte ou d'un ensemble d'actes destiné à produire un effet de droit, un effet réglementé par la loi elle-même.

Telles sont en première ligne les obligations de *dare* dont l'objet, ainsi que nous l'avons dit p. 7, est la passation des actes juridiques d'où résulte, en droit romain, le transfert des droits réels.

Telles sont encore : l'obligation d'opérer l'extinction d'une dette mise à la charge d'un héritier par un legs de libération ; l'obligation d'affranchir un esclave imposée par ex. à un acheteur par une clause de la vente (1) ; l'engagement pris par quelqu'un de cautionner un tiers (2) ; la promesse faite par le *dominus* de ratifier la solution donnée au procès intenté par son *procurator* ; l'obligation de faire cession d'une créance ou, si l'on aime mieux, d'une action, etc.

Strictement une telle obligation devrait être toujours indivisible, le fait de passer l'acte juridique étant indivi-

dari non potest, petatur ». C'est seulement lorsque le jour où l'*opera* devait être prestée est écoulé, que le créancier peut agir en justice (*petere*) pour demander, non pas la prestation de l'*opera* (*quæ jam dari non potest*), mais son estimation, à ce moment la dette se trouve être devenue une dette de somme d'argent, c'est-à-dire divisible. Le second texte est la l. 54 § 1, V. O., « *Quod si unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum partem operæ tantam quantam in servo habuerit, petere.* » L'explication est la même que pour le texte précédent : le créancier ne peut réclamer en justice (*petere*) l'*opera* qu'après l'expiration du jour où elle devait être fournie (L. 3 pr., *De oper. lib.*), c'est-à-dire alors que l'estimation seule est due. Quant à l'*opera* elle-même, journée de travail, elle est indivisible, sa prestation ne peut se faire par parties. L'*obligatio operæ* est dès lors indivisible. Si, par suite du défaut d'exécution, elle devient divisible, ce n'est que l'application d'une solution générale à toutes les obligations de faire indivisibles, solution d'après laquelle, lorsqu'une obligation de faire n'est pas exécutée volontairement, le créancier ne peut obtenir, contre chacun de ses débiteurs, une condamnation que *pro parte* (c'est, croyons-nous, la décision de la l. 72 pr. *fine*, V. O., mais une vive controverse existe sur ce point).

(1) L. 20 § 2, *De manum.*, XL, 4.

(2) Savigny, *Obligations*, I, p. 330 et 331.

sible, on conclut l'opération ou on ne la conclut pas.

Mais les Romains ont ici poussé l'analyse plus loin : laissant de côté le fait même de passer l'acte juridique ils ont envisagé le résultat, le droit que cet acte va produire (1).

Pour cette catégorie d'obligations, c'est donc dans chaque cas particulier qu'il faut examiner si l'objet propre sur lequel porte l'opération juridique est ou non susceptible de division.

C'est ainsi que nous avons vu qu'une *obligatio dandi* est divisible ou indivisible suivant que le droit réel dont il s'agit peut ou non être, soit constitué, soit transféré par parties (v. p. 9).

De même la promesse *de rato* faite par le *dominus* engendrera une obligation divisible ou indivisible selon que le droit objet de l'action dont le stipulant veut empêcher le renouvellement ou l'obligation née de l'acte qu'il s'agit de ratifier est divisible ou indivisible (2).

(1) C'est d'ailleurs ce qui se passe, ainsi qu'on a pu le remarquer par nos explications, chaque fois que le fait n'est pas envisagé en lui-même, isolé et indépendant, mais qu'il s'applique à une chose ou à un droit déjà existant, lorsqu'il a pour but de créer une chose ou un état de droit nouveau.

(2) Nous visons la promesse faite par le *dominus* lui-même « *se heredemque suum ratam rem habiturum* », promesse qui a pour objet un fait, la ratification du promettant.

Mais le plus souvent la promesse est faite par un *procurator* qui, exerçant en justice une action au nom d'autrui (Gaius, IV, § 98 ; *Fr. Vat.*, § 333 ; L. 40 § 2, *De proc.*, III, 3) ou contractant dans l'intérêt d'un tiers (L. 40, 41 et 42 pr., *Rat. rem hab.*, XLVI, 8), promet « *dominum heredemque ejus ratum habiturum* ». Il y a dans ces termes promesse du fait d'un tiers, aussi, pour qu'elle soit valable, doit-il s'y ajouter quelque chose. En dehors de toute instance judiciaire c'est une stipulation ordinaire, les parties pour la valider ont deux moyens : que le *procurator* promette *se effecturum ut Titius ratum habeat* (Inst., III, 49, § 3), c'est-à-dire un fait à lui personnel ; qu'il promette *pœnam vel quanti ea res sit*. Intervenant dans une instance judiciaire (ce qui est son rôle normal et pratique), c'est une stipulation prétorienne ; or, dans ces sortes de stipulations le prêteur qui propose lui-même aux parties la formule s'en réserve l'interprétation, et ici il sous-entend le *effecturum ut* ou plutôt le *quanti ea res est* comme semble l'indiquer la l. 2 § 2, *De st. præc.*, XLVI, 5. De sorte que notre stipulation a en réalité pour objet la réparation du préjudice que causera l'échec des efforts du promettant, le

Par application de la même idée, nous dirons que l'obligation d'affranchir est indivisible parce que l'objet de l'acte

quid interest stipulatoris comme l'indiquent les LL. 2, 13 pr., 19, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8, son objet véritable est alors de *dare incertam quantitatem*; aussi la l. 2 § 2, *De st. præt.*, la déclare-t-elle divisible.

Revenons aux cas où c'est le *dominus* lui-même qui fait la promesse « *se heredemque suum ratum habiturum* ». Deux textes de Paul les prévoient : L. 44 § 6, *Fam. etc.*, X, 2 et L. 4 § 1, *V. O.* On remarquera que la formule employée par ces textes semble indiquer que c'est un *procurator* qui promet, comme dans la l. 2 § 2, *De st. præt.*, « *Titium heredemque ejus ratum habiturum* ». Mais un rapide examen va nous prouver qu'il y a là une simple négligence, que Paul n'a pas songé à modifier la formule ordinaire. Ces textes, en effet, supposant que Titius meurt laissant plusieurs héritiers, décident que « *heres solus tenebitur qui non habuerit ratum* » ; or comment peut-il se faire que celui dont la ratification est promise soit tenu, ce ne peut être qu'autant qu'il est lié par une promesse, c'est-à-dire qu'autant que c'est son auteur Titius qui a promis « *se heredemque suum ratum habiturum* ». Cette critique faite, une autre subsiste, la voici. Paul parle d'un *dominus* fournissant lui-même la *cautio de rato* à l'occasion d'une instance en justice (*acturum, petiturum*) ; pour que le *dominus* donne la *cautio*, il faut qu'il soit présent, mais précisément s'il est présent, il n'y pas lieu à *cautio*, au moins du temps de Paul (*Fr. Vat.*, § 333, v. cependant un cas particulier dans la l. 65, *De proc.*, III, 3). Sous ce rapport l'exemple est donc mal choisi. Mais en dehors d'une instance la promesse *rem ratam*. .. fournie par le *dominus* aura une utilité très sérieuse, et dès lors son intervention se comprendra, toutes les fois qu'une personne obligée de s'absenter confiera à un tiers le soin de diriger une affaire : sur le point de m'absenter je charge un tiers de faire procéder à la construction d'une maison, de traiter avec tel maçon, tel charpentier, et je promets à ceux-ci « *me heredesque meos ratam rem habituros* ». Ceci posé les LL. 44 § 6 et 4 § 1 déclarent l'obligation divisible. Cela résulte à n'en pas douter de l'opposition faite par la l. 4 § 1 entre les promesses *amplius non agi* et *ratam rem* d'un côté, *iter fieri* et *per te non fieri* de l'autre ; cela résulte aussi de la solution donnée par ces deux lois « *et solus tenebitur qui non habuerit ratum* », s'il est seul tenu c'est que l'obligation est divisible et peut être inexécutée pour partie, on sait en effet que l'une des conséquences de l'indivisibilité d'une obligation est que tous les héritiers sont tenus pour l'inexécution d'un seul d'entre eux. Mais cette solution est-elle générale, l'obligation *ratam rem* est-elle divisible dans toutes les hypothèses ? Non, croyons-nous, et il nous semble possible de tirer de la l. 4 § 1 la preuve que notre obligation n'est divisible qu'autant que le droit objet de l'action dont on veut éviter le renouvellement ou l'obligation née de l'acte qu'il s'agit de ratifier est divisible. Le texte en effet après avoir dit *nam hac stipulatione* termine par ces mots « *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest* ». De l'insertion de ce membre de phrase résultent deux choses : 1° il ne s'applique pas aux héritiers ; 2° s'il s'y appliquait il entraînerait la solution contraire à celle

qui servira à affranchir est l'acquisition de la liberté et que l'acquisition partielle de la liberté est chose absolument inconcevable.

qui vient d'être donnée. Donc c'est parce que les héritiers peuvent ratifier pour partie que l'obligation *ratam rem* est divisible. Mais quand peuvent-ils ratifier pour partie ? C'est seulement, ainsi que nous le disions plus haut, lorsque le droit objet de l'action dont on veut éviter le renouvellement ou l'obligation née de l'acte qu'il s'agit de ratifier est divisible. Par exemple l'action intentée par le *procurator* avait pour but le paiement d'une somme d'argent ; le *dominus* mourant, la créance qui servait de base à l'action se divise entre ses héritiers, il y a désormais plusieurs créances ; chaque héritier, n'étant plus désormais créancier que pour partie, ne peut ratifier l'action que pour cette part, celui d'entre eux qui, ne ratifiant pas, poursuivra à nouveau le débiteur, ne contreviendra à la promesse de *rato* que pour sa part ; on peut dire que l'unique promesse de *rato* se trouve maintenant remplacée par plusieurs promesses de *rato* afférentes chacune à une des parties de la créance prétendue. De même si le *procurator* avait acheté un immeuble pour le *dominus*, les héritiers de celui-ci pourront les uns ratifier et par suite consolider l'acquisition pour partie, les autres non, sauf à indemniser le vendeur du dommage que lui cause la non ratification de la vente d'une partie de son immeuble. Au contraire, si le *procurator* avait stipulé la constitution d'une servitude ou la construction d'un *opus*, un des héritiers du *dominus* ne pourrait pas ratifier pour partie et les autres non, car ni la servitude ni l'*opus* ne comportent de parties, la ratification ici ne peut intervenir que pour le tout, un des héritiers ne ratifiant pas, l'opération tombe pour le tout. De même, le *procurator* ayant échoué sur une action confessoire, si l'un des héritiers du *dominus promissor* renouvelle l'action il viole pour le tout la promesse de *rato* car il ne peut demander que la totalité de la servitude, « *id ab omnibus peti videtur* » ainsi que le dit notre l. 4 § 1 elle-même. Dans ces divers cas il n'est plus possible aux héritiers de ratifier seulement *pro parte* et c'est pourquoi l'obligation née de la *cautio de rato* sera indivisible. Quant à justifier le membre de phrase, occasion des développements qui précèdent, « *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest* » et expliquer pourquoi le *dominus promissor* ne peut pas ratifier pour partie alors que ses héritiers le peuvent, alors que lui-même le pourrait si la promesse émanait du *procurator* (L. 18, *Rat. rem hab.*), c'est une tâche délicate que Doneau seul à notre connaissance a tentée (XI, col. 494 et stes) ; mais, au lieu de prendre le fragment ainsi que nous l'avons fait dans son sens naturel (le maître ne peut pas ratifier *pro parte*, il le traduit ainsi : le maître ne peut pas, en ratifiant *pro parte*, éviter la commise totale de la peine. C'est se permettre trop de liberté avec le texte. Peut-être Paul s'est-il laissé guider par la considération suivante : Titius a promis de ratifier l'acte passé par son *procurator*, de deux choses l'une, ou il juge que l'acte a été mal fait et alors qu'il ne ratifie pas, ou il le juge bien fait mais alors qu'il ratifie l'acte, l'acte entier, l'esprit d'accord avec la bonne foi se refuse à comprendre que l'acte étant jugé par lui bien fait il

Au contraire, l'obligation de faire *acceptilatio* d'une dette sera divisible si cette dette est elle-même divisible, on fera *acceptilatio* de partie de la dette.

Et ainsi de suite dans chaque cas particulier.

REMARQUE. — Cas où l'obligation a pour objet plusieurs faits identiques.

Ces faits étant identiques s'équivalent, peuvent se remplacer l'un l'autre, c'est-à-dire qu'ils sont fongibles (*facta quorum alterum vice alterius fungitur*).

Il y a donc ici une *obligatio quantitatis* (1).

L'exemple le plus fréquent est l'hypothèse de plusieurs journées de travail, l'*obligatio operarum* (2). De même l'obligation d'affranchir un certain nombre d'esclaves, 10 des esclaves du défunt (3) ; ou encore l'obligation ayant pour objet la tradition d'une quantité, d'une somme de choses fongibles (4). On pourrait aussi, supposant des terrains superposables dont les dimensions fussent les mêmes, concevoir l'obligation de les entourer de clôtures semblables.

Dans une telle hypothèse l'obligation n'est plus indivisible, elle comporte une division, la division *numero* (5)

ne le ratifie que pour partie ; que sa volonté soit une. Au contraire après sa mort ses héritiers le remplacent, il y a désormais plusieurs volontés distinctes et on comprend que l'un des héritiers jugeant l'acte bon le ratifie pour sa part et qu'un autre le jugeant mauvais ne le ratifie pas pour sa part. En tout cas c'est là une décision spéciale à la promesse *ratam rem* , il faut se garder de l'étendre aux autres obligations de la même catégorie.

(1) Obligation de *facere quantitatem* correspondant à l'obligation de *dare quantitatem* dont nous nous sommes occupé p. 14 et stes.

(2) Voir les textes cités n. 5 *infra*.

(3) Les esclaves étant considérés ici comme choses fongibles, affranchir 10 esclaves c'est faire 10 affranchissements d'esclaves ; il y a là 10 faits identiques.

(4) Nous avons cité p. 43, n. 2 *fine*, la vente de 100 sacs de blé, le vendeur est obligé d'effectuer la livraison des 100 sacs, en réalité c'est une obligation de faire 100 livraisons de 1 sac de blé.

(5) Ulpien, L. 15 § 1, *De op. lib.*, XXXVIII, 1 « Si non una sed plures operæ sint, et plures heredes existant patrono, qui operas stipulatus est,

dont le fonctionnement est ici le même que pour les obligations de *dare quantitatem* (1).

CHAPITRE TROISIÈME

Obligationes non faciendi.

Non facere, c'est s'abstenir d'un acte déterminé.

C'est la contre-partie de *facere* ; on peut dire qu'il s'agit ici de faits négatifs. Et les Romains réunissent toujours ces deux objets d'obligation sous l'expression unique de *facere, factum* (2). C'est pourquoi nous appliquerons aux *obligationes non faciendi* les solutions par nous données pour les *obligationes faciendi* (3).

Nous dirons donc que, en principe, les *obligationes*

verum est obligationem operarum numero dividi » (sur l'obligation indivisible de prêter une *opera* v. p. 49; Julien, L. 51 § 1, *V.O.*, remarquer le rapprochement fait par ce texte entre l'obligation de *facere quantitatem* et celle de *dare quantitatem*, n. 1 *supra*). *Nec secus*, Ulp., L. 72 pr., *V.O.*, où il faut sans aucun doute lire *operam* au lieu de *operas* à peine de mettre Ulpien en contradiction avec lui-même et avec Julien. Les textes ne parlent de la division *numero* que pour l'*obligatio operarum*, mais il est certain qu'il faut l'appliquer à tous les cas d'obligation ayant pour objet plusieurs faits identiques.

(1) V. p. 15 ; L. 15 § 1, dernière phrase, *De op. lib.*, XXXVIII, 1.

(2) Inst., § 7, *V.O.*, III, 15 ; D., L. 2, *V.O.*, XLV, 1, combiner le pr. avec le § 5 dont nous parlons à la note suivante. Cpr. p. 6, n. 1.

(3) Un texte de Paul fait expressément cette assimilation, c'est la l. 2, *V. O.*, qui s'occupe précisément de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations. Après avoir parlé, dans les quatre premiers paragraphes, des *obligationes dandi* divisibles ou indivisibles, Paul, arrivant dans le § 5 aux obligations qui ne sont pas de *dare*, leur applique la même distinction en ces termes « *Item si in facto sit stipulatio* » et immédiatement, comme exemple d'obligation de faire, il cite une obligation ayant pour objet une abstention, une *obligatio non faciendi* « *veluti si ita stipulatus fuero per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat.* » Rien ne montre mieux que, à notre point de vue, ces deux catégories d'obligations doivent être mises sur la même ligne.

non faciendi sont indivisibles, pour qu'une obligation de cette espèce soit exécutée, il faut que le débiteur s'abstienne d'accomplir quoi que ce soit du fait qu'elle a pour but d'empêcher.

De nombreux exemples fournis par les textes viennent corroborer cette notion théorique :

Obligation née de la stipulation « *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat* ». C'est l'exemple favori des jurisconsultes Romains s'occupant de l'indivisibilité des *obligationes non faciendi* (1).

Obligation de ne pas prostituer une esclave, de ne pas l'affranchir, de ne pas l'employer à tel ou tel genre de travail, de ne pas la laisser séjourner en Italie ou, au contraire, de ne pas l'exporter à titre de châtiment (2).

Obligation de s'abstenir de la pêche dans telle partie d'un cours d'eau ou de la mer (3).

Obligation née de la promesse « *a se heredeque suo dolum malum abfuturum* » (4).

(1) Nous le trouvons signalé dans les textes suivants : LL. 2 § 5 et 131 pr., V. O.; LL. 25 § 12 et 44 § 5, *Fam. exc.*, X, 2; LL. 4 § 1 et 85 § 3, V. O., nous donnent le motif de son indivisibilité « *nisi in solidum peccari non posse* », « *licet ab uno ex heredibus promissoris prohibeor non tamen in partem prohibeor* ». Cette même obligation est imposée au vendeur d'une servitude de passage, L. 20, *De serv.*, VIII, 1 et L. 3 § 2, *De act. empti*, XIX, 1.

(2) L. 7, *De serv. exp.*, XVIII, 7.

(3) L. 13 pr., *Comm. præd.*, VIII, 4.

(4) L'indivisibilité de cette obligation nous est affirmée par la l. 4 pr., V. O. « *Eadem dicemus.....* », or les règles précédentes (*eadem*) sont celles que la l. 3 applique à l'obligation née de la promesse *habere licere*, obligation qui est indivisible (v. p. 57, texte et n. 3). Ce caractère résulte aussi du rapprochement des deux exemples cités par la l. 44 § 5, *Fam. exc.*, X, 2. La promesse qui nous occupe ne vise que le dol du promettant et de ses héritiers. Que si le stipulant veut rendre le promettant responsable du dol des tiers il lui faut stipuler « *quanti ea res erit* », ainsi que nous l'indiquent les LL. 38 § 2 et 13, V. O., et 19 § 1, *Jud. solv.*, XLVI, 7. L'obligation est alors divisible (puisque son objet est de *dare pecuniam* sous la condition que un dol soit commis) sauf application des règles relatives à l'accomplissement de la condition (v. p. 3, n. 2).

Celle née de la promesse « *habere licere* » par laquelle le vendeur promet à l'acheteur qu'il ne sera pas troublé dans sa paisible possession *neque per se neque per personas a se venientes* (1), c'est l'obligation de garantie sous sa forme négative (2), mise en mouvement sous forme d'exception, elle est indivisible (3).

(1) On sait qu'il existe sur la portée de la stipulation *habere licere* une vive controverse. Si l'on estime que, réduite à ces termes, elle ne comprend pas le trouble provenant du fait des tiers, l'obligation effective qui en naît est simplement l'obligation négative pour le vendeur et ses héritiers de ne pas troubler l'acheteur, sauf à celui-ci à rendre son garant responsable du fait des tiers en stipulant, comme pour la promesse *dolum malum abfuturum* (v. la n. précédente), le *quantum ea res erit* ou une *pœna* pour le cas où *habere ei non licebit* (L. 38 § 2, V. O.). Si l'on pense, au contraire, qu'elle comprend même le trouble provenant du fait des tiers (Girard, *Nouvelle Revue Historique*, 1883, p. 562 s.), elle donne alors naissance à une double obligation pour le vendeur : 1° ne pas troubler ; 2° veiller à ce que l'acheteur ne soit pas troublé (*se curaturum*) si un tiers agit contre lui à raison de la chose vendue ; c'est alors l'obligation de garantie sous sa forme positive que nous avons étudiée, p. 33 et 34. Nous nous bornons maintenant à l'obligation négative de ne pas troubler.

(2) Nous avons montré (p. 33, n. 3) que l'obligation naissant de la promesse *habere licere* n'était autre que l'obligation de garantie du vendeur.

(3) Elle nous est formellement présentée comme telle par la l. 3 pr., V. O., « *Idem juris est in illa stipulatione, mihi hereditate meo habere licere* ». Ces mots, venant après les §§ 5 et 6 de la l. 2 qui s'occupent de l'obligation indivisible « *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat* », signifient bien certainement que l'obligation qui naît de la promesse *habere licere* est aussi indivisible. Or, nous l'avons déjà dit bien des fois, l'obligation née de cette promesse était précisément l'obligation de garantie qui finit par être sanctionnée par l'action *empti*. Nous sommes donc en droit de dire que l'obligation de garantie, opposée sous forme d'exception, est indivisible. La conséquence en est (et ici nous empiétons sur la théorie des effets de l'indivisibilité d'une obligation) que chacun des héritiers du vendeur est tenu *pour le tout* de l'obligation de garantir l'acheteur et que, par suite, il ne doit *aucunement* troubler la possession paisible de celui-ci, qu'il ne peut l'évincer *pour aucune partie* à peine de se voir opposer l'exception de garantie. Supposons par ex. que Primus vende à Secundus une chose qu'il se trouve plus tard démontré appartenir à Tertius. Celui-ci succède pour moitié à Primus ; il agit en revendication contre Secundus, et, comme il est héritier pour moitié du vendeur garant il se borne à revendiquer une moitié indivise de la chose. Il ne le peut pas et se voit repoussé par une exception de garantie, car, n'enlèverait-il à Secundus que la moitié de la chose, ce dernier n'en serait

Mais que décider dans le cas où l'*obligatio non faciendi* est de s'abstenir d'un fait qui, s'il était objet d'une *obligatio faciendi*, rendrait celle-ci divisible?

L'ensemble des explications données précédemment sur les *obligationes faciendi* montre que cela ne peut se présenter que pour les opérations juridiques :

pas moins troublé dans la paisible possession de la chose entière, et comme Tertius est tenu de ne pas troubler Secundus il lui sera impossible d'enlever à celui-ci la moindre partie de la chose (il se retournera vers son cohéritier et lui réclamera la moitié de la valeur de la chose). Cette solution à laquelle conduisent et l'idée que nous nous sommes faite de l'obligation de garantie (v. p. 33 et 34) et le texte de la l. 3 pr., V. O., paraît confirmée par deux autres textes: 1^o L. 3 § 1, *De except. rei vend. et trad.*, XXI, 3, qui déclare l'exception *rei venditæ et traditæ* opposable aux successeurs à titre universel du vendeur sans spécifier qu'elle ne l'est que pour leur part, 2^o Const. 14, C., *De evict.*, VIII, 45 (44, éd. Mommsen), qui empêche, d'une façon générale, le fils, propriétaire de la chose vendue par son père, d'évincer l'acquéreur, sans distinguer s'il est ou non héritier unique (cette constitution est clairement résumée par les Basiliques, XIX, 19, 13). A ces divers textes on a opposé (Dumoulin, *Extrictio*, Pars II, nos 499, 500, 501 ; Pothier, *Vente*, n^o 173 ; Eyssautier, *Revue critique*, 1837, XI, p. 338 ; Mérignhac, *France judiciaire*, 1881, VI, 1^{re} partie, p. 123 et 125), en prétendant même qu'elle devait prévaloir, la Const. 14, C., *De rei vind.*, III, 32, qui permet à Tertius, dans notre espèce, de revendiquer la moitié de la propriété de la chose. Mais il est à remarquer que, dans l'hypothèse de la Const. 14, l'acheteur Secundus savait que son vendeur n'était pas propriétaire (*te sciente*), de sorte qu'il n'avait pas droit à garantie (Const. 27, C., *De evict.*, VIII, 45). Il ne faut donc pas argumenter de cette constitution pour dire que l'obligation de garantie est divisible puisque cette constitution statue dans une hypothèse où il n'est pas question de garantie (Les Professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, t. I, p. 348 ; Cochin, 46^e consultation). Sa décision peut s'expliquer de la façon suivante : en achetant une chose qu'il savait appartenir à autrui, Secundus courait une chance, il achetait un *alea*, et, s'il était troublé par le propriétaire, il n'avait rien à réclamer à son vendeur ; strictement l'héritier de ce vendeur eût donc pu l'évincer sans être tenu d'aucuns dommages-intérêts, mais il a paru à l'empereur romain que cet héritier, continuateur de la personne du défunt, prenant un patrimoine qui a bénéficié du prix versé par l'acquéreur, ne devait pas infliger cette perte à celui-ci, que cela était contraire à la bonne foi et par suite il décide que, dans la mesure pour laquelle il prend le patrimoine du défunt, il ne pourra dépouiller l'acheteur auquel il devra laisser une part correspondante de la propriété. La différence de solution à l'égard de l'acquéreur est fort juste : a-t-il su que la propriété qu'il achetait n'appartenait pas à son vendeur, il se verra privé d'une partie de cette propriété par le propriétaire héritier *pro parte* du vendeur ; l'a-t-il ignoré, il repoussera pour le tout cet héritier et gardera la totalité de la chose.

Primus par ex. s'engage envers Secundus à ne pas transférer à Tertius la propriété de son fonds Titien ; Primus meurt, un de ses héritiers aliène en faveur de Tertius sa part de copropriété dans le fonds Titien, a-t-il contrevenu pour le tout ou pour partie à l'obligation de son auteur ?

Ou Primus s'engage envers Tertius à ne pas libérer son débiteur Secundus ; un des héritiers de Primus libère Tertius pour sa part dans la créance.

De même encore la promesse *amplius non agi*, si l'action qu'il s'agit de ne pas renouveler est la mise en mouvement d'un droit divisible.

L'*obligatio non faciendi* est alors, croyons-nous, divisible. (1).

(1) Arg., L. 4 § 1, V. O. Malgré les termes généraux de ce texte ne pas croire que l'obligation née de la promesse qui nous occupe soit divisible sans distinction. La promesse *amplius non agi*, qui suppose une instance judiciaire, a, dans presque tous les cas, le même fonctionnement que la *cautio de rato* (Accarias, n° 936, n. 2). Aussi faut-il lui appliquer ceux des développements par nous donnés, p. 51 et stes (à la note), qui visent la promesse *ratam rem*. . . . faite soit par un *procurator ad litem* soit par le *dominus litis* lui-même. Et ici il est facile de trouver des hypothèses où la promesse *amplius non agi* est faite non par un *procurator* mais par le *dominus litis* (L. 13, *De rei vind.*, VI, 1 et L. 36 § 2, *De hered. petit.*, V, 3); observation qui, étant donné le rapprochement existant entre la promesse *amplius non agi* et la promesse *ratam rem*, atténue la seconde critique adressée par nous à Paul, p. 52 (à la note). L'obligation née de la promesse *amplius non agi* sera donc tantôt divisible et tantôt indivisible selon le caractère du droit objet de l'action qui ne doit pas être renouvelée.

DROIT FRANÇAIS

RECOURS D'UN COHÉRITIER QUI A PAYÉ LA TOTALITÉ DE LA DETTE HYPOTHÉCAIRE DU DÉFUNT.

PRINCIPE DU RECOURS.

Le débiteur étant mort, l'un de ses héritiers a payé la totalité de la dette hypothécaire : soit volontairement, après le partage (1), si ce partage n'a mis dans son lot

(1) On ne peut dire qu'il paie volontairement que s'il n'est pas détenteur. Or, pour qu'il ne soit pas détenteur, il faut se placer après le partage car, tant que dure l'indivision, tous les cosuccesseurs étant copropriétaires de chacun des biens de la succession, chacun d'eux est détenteur de portion de l'immeuble hypothéqué. Le partage intervenant, il se peut que l'un des lots ne renferme ni l'immeuble ni portion divise de l'immeuble hypothéqué à la dette ; l'héritier auquel ce lot écherra ne sera donc tenu que personnellement et dans la limite de sa part héréditaire. Mais alors, et en supposant que la dette hypothécaire ne vienne à échéance qu'après le partage, il sera rare que cet héritier non détenteur la paie volontairement en entier, n'en étant tenu que pour sa part, on ne voit pas l'intérêt qu'il aurait à cela ; peut-être, les cohéritiers détenteurs étant pour le moment dans une situation de fortune embarrassée, veut-il les soustraire à l'action du créancier et attendre un meilleur moment pour recourir contre eux.

aucune portion de l'immeuble hypothéqué ; soit forcément, à titre de détenteur de portion indivise (1) ou divise ou de la totalité de l'immeuble hypothéqué (2), par suite de l'indivisibilité de l'hypothèque qui permet au créancier hypothécaire de réclamer le paiement intégral de la dette à quiconque détient tout ou partie de l'immeuble affecté à sa garantie (3)

En ce faisant il a payé plus qu'il ne doit supporter dans la dette. C'est ce qu'il est facile de démontrer. Les dettes contractées par une personne grèvent en effet l'universalité totale de ses biens (4), et, si cette universalité vient à se diviser, chacune de ses fractions est chargée d'une fraction correspondante de chacune des dettes. Par suite l'acquéreur de l'universalité totale supporte toutes les dettes, mais l'acquéreur d'une fraction de cette universalité (5) ne doit supporter qu'une pareille fraction de chacune des dettes qui grevaient son auteur. Or l'héritier qui nous occupe n'a acquis, puisqu'il est en concours avec d'autres

(1) Sans doute le créancier ne peut pas saisir cette part indivise avant le partage (art. 2205, C. C.), mais, étant donné sa qualité de créancier héréditaire, créancier de tous les copropriétaires, il saisira sur tous les héritiers la totalité de l'immeuble pour la totalité de la dette. Alors même que l'un des héritiers paierait sa part dans la dette, le créancier n'en continuerait pas moins ici de pouvoir saisir la totalité parce qu'il est créancier hypothécaire et que son hypothèque subsiste sur la totalité de l'immeuble jusqu'à complet paiement (Pont, *Privilèges et Hypothèques*, s. l'art. 2205, n° 10, 2^{me} al.). Chacun des cohéritiers détenteurs est donc exposé, s'il ne paie pas l'intégralité de la dette, à voir sa part dans l'immeuble saisie, c'est-à-dire qu'il est tenu *réellement* de la dette entière et c'est par l'effet de l'hypothèque qu'il paie.

(2) Résultat de la composition et de l'attribution des lots.

(3) Le créancier se trouve ainsi soustrait aux inconvénients qui résultent pour lui de la division de plein droit des créances à la mort du débiteur quant au droit de poursuite, il se trouve à l'abri de l'insolvabilité des cosuccesseurs alors que son action personnelle lui en aurait laissé supporter les conséquences *infra*, chap. II, sect. II, § 2, 1^o, b.

(4) Demante, III, n° 3; Demolombe, *Successions*, I, n° 8; Aubry et Rau, § 579, VI, p. 248.

(5) Celui qu'on appelle successeur à titre universel. Cpr. Pothier, éd. Bugnet, VIII, p. 207 *initio*.

cohéritiers (*lato sensu*), qu'une fraction de la succession c'est-à-dire de l'universalité des biens du défunt. Il ne doit donc supporter qu'une partie correspondante de la dette hypothécaire qu'il a acquittée intégralement, le surplus étant à la charge de ses cosuccesseurs qui ont acquis les autres fractions de la succession et contre lesquels un recours lui est ouvert de ce chef (1).

Commençons par fixer, d'une manière précise (2), cette partie que notre successeur *solvens* doit supporter définitivement dans la dette.

CHAPITRE PREMIER

Part que l'héritier *solvens* doit lui-même supporter dans la dette.

Le *solvens* pouvant être l'un quelconque des successeurs du défunt, le moyen le plus simple d'arriver à la détermination de la part à supporter par lui dans une des dettes de la succession, est de rechercher d'une façon générale comment s'opère la répartition de chacune de ces dettes entre les divers successeurs.

Or cette répartition est dominée par une double idée.

Première idée. — Toute dette contractée par une personne grève l'universalité totale de ses biens (p. 62, n. 4), et, lorsque cette universalité vient à se diviser, chaque por-

(1) Tous les articles qui s'occupent du paiement de la dette hypothécaire par un successeur à titre universel ont soin de lui réserver ce recours (873, 874, 875, 1009, 1012). On doit le reconnaître à tout successeur à titre universel quel qu'il soit, même à celui qui, exerçant un droit de retour légal, reprend les biens par lui donnés sur lesquels le défunt a constitué hypothèque. Duranton, VI, n° 214; Aubry et Rau, VI, § 640 *bis*, n. 21.

(2) Nous nous sommes borné à indiquer l'idée générale de la contribution, il nous faut maintenant entrer dans le détail des dispositions légales à ce sujet.

tion ne répond plus que d'une portion correspondante de la dette. Par suite l'acquéreur d'une telle portion de l'universalité répondra d'une partie de la dette (1).

Deuxième idée. — A l'inverse, la dette ne grève pas certains biens particuliers et par suite les acquéreurs de biens à titre particulier ne répondront en aucune façon des dettes de leur auteur (2).

D'où deux règles.

1° Tout successeur à une fraction du patrimoine est tenu d'une fraction de chaque dette.

2° Les successeurs à titre particulier n'en sont aucunement tenus.

Contribueront donc à la dette des successeurs à titre universel qui sont :

les héritiers proprement dits, art. 870 ;

les légataires universels et à titre universel, art. 871 (3) ;

les donataires de biens à venir par contrat de mariage (4), art. 1082, 1084, 1085, 1093 ;

(1) « La raison en est évidente, dit Pothier (*Successions*, chap. V, art. II, § 3, éd. Bugnet, VIII, p. 207), les donataires et légataires universels sont donataires ou légataires des biens ou d'une quotité des biens ; or, selon les notions communes, les biens renferment la charge des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* ».

(2) « Car ces choses particulières, dit Pothier, p. 209, ne renferment point la charge des dettes, *onus æris alieni non singularum rerum sed universi patrimonii onus est* ». V. Demolombe, *Successions*, I, n° 8.

(3) L'art. 871 emploie l'expression « légataire à titre universel » dans un sens large, pour désigner les légataires que leur titre universel astreint à la charge des dettes, par opposition au légataire particulier que son titre particulier soustrait au paiement des dettes. Cpr. l'art. 873 qui, par l'expression « légataires universels », embrasse tous ces légataires des biens ou d'une quotité des biens. La distinction entre le legs universel proprement dit et le legs à titre universel n'a été faite par les rédacteurs du Code civil qu'au Titre des Donations et Testaments ; l'ancien droit les qualifiait tous deux de legs universel et le premier projet du Code de legs à titre universel. V. Pothier, *Successions*, chap. V, art. II, § 3 ; *Donations testamentaires*, nos 64 et sts. ; Fenet, II, p. 292 (art. 107 du Titre IX).

(4) C'est ce que le tribunal de Caen indique déjà dans ses observations sur l'art. 871 (Fenet, III, p. 421) : « On doit comprendre dans cet art. 871 le

les successeurs irréguliers (1) ;

les successeurs anomaux (2) : ascendant donateur (art. 747) qui est un héritier légitime représentant le défunt (3), adoptant et ses descendants (art. 351 et 352), frères et sœurs légitimes dans la succession de leurs frères et sœurs naturels (art 766), qui sont des successeurs irréguliers.

N'y contribueront pas ceux qui ne prennent dans la succession qu'un objet particulier c'est-à-dire les légataires à titre particulier (4), sauf cependant le légataire de l'usu-

donataire à titre universel aussi bien que le légataire, il y a même raison de décider pour l'un que pour l'autre. Pothier, *Successions*, chap. V, art. II, § 3 ; Demante, III, n° 205 bis, II ; Demolombe, *Successions*, V, n° 39.

(1) Les art. de la sect. III (L. III, T. I, C. C.) qui ont traité à la contribution n'en parlent pas, mais la solution que nous donnons ne souffre aucune difficulté, par cela seul qu'ils sont successeurs à titre universel, qu'ils prennent une fraction des biens, ils sont tenus d'une fraction des dettes car *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Pothier, *Successions*, chap. V, art. II, § 3 *fine* (l'ancien droit ne connaissait, correspondant à ce que nous appelons aujourd'hui successeur irrégulier, que l'état, le seigneur ou l'abbé, art. III, § 4 *fine*) ; Demante, *loco cit.*

(2) Qu'ils soient tenus de contribuer aux dettes tout le monde en convient, art. 351 et 352 et argument de ces articles. Nous les rangeons en outre dans la catégorie de ceux qui succèdent *per universitatem non in re singulari*. C'est l'opinion générale ; *contra*, Belost-Jolimont, s. Chabot, obs. 10, s. l'art. 747.

(3) C'était la doctrine des pays de coutume (Marquis, *Droit de retour de l'ascendant donateur dans l'ancien droit français*, Thèse, p. 381, 382 et 383), et l'art. 747, placé dans la sect. IV qui organise la succession *légitime* ordinaire déférée aux ascendants, confirme cette manière de voir. *Contra*, Aubry et Rau, VI, § 640 bis, texte et n. 19 ; Laurent, IX, n° 198. Nous verrons plus loin l'importance de cette observation (p. 68 n. 1).

(4) Ceux-ci souffrent cependant de l'existence des dettes héréditaires : 1^o lorsque, par suite de la déduction de ces dettes, l'actif net du défunt se trouve diminué au point que les legs excèdent la quotité disponible, ces legs subissent alors une réduction aux termes des art. 920 et 922. Chabot, *Successions*, s. l'art. 871, n° 3, 1^o ; Troplong, *Donations et Testaments*, IV, n° 1983. 2^o lorsque les biens héréditaires sont insuffisants pour acquitter et les dettes et les legs ; l'héritier même pur et simple, n'étant tenu des legs que *intra vires successionis*, peut se refuser à les acquitter ou agir en répétition contre les légataires déjà payés si les dettes se trouvent absorber la valeur des biens de la succession. Pothier, *Successions*, chap. V, art. II *fine*, éd. Bugnet, VIII, p. 209 *initio* ; *Coutume d'Orléans*, Tit. XVII (*Successions*), n° 114 ; Demante, III, n° 133 bis, VI.

fruit de la totalité ou d'une quote-part des biens du défunt qui, quoique légataire à titre particulier, doit contribuer avec le nu-propriétaire à la charge des dettes dans une mesure déterminée par l'art. 612 C.C. (1).

Quelle part chacun des contribuables supportera-t-il dans la dette ?

En principe une part proportionnelle à celle qu'il prend dans l'actif de la succession *per modum universitatis* (2), sans que l'on tienne compte ni des legs particuliers laissés par préciput à l'un des successeurs (3), ni des legs particuliers faits à des tiers et mis par le défunt à la charge exclusive de l'un de ses successeurs (4), ni de la privation

(1) Nous laisserons de côté dans nos explications ce cas spécial pour nous en tenir aux contribuables successeurs à titre universel.

(2) C'est la conséquence directe des idées exposées *supra* p. 62.

(3) Ce que le successeur prend au-dessus de sa part héréditaire c'est à un titre qui ne le soumet pas aux dettes, à titre de légataire particulier (v. p. 65), on n'en tient aucun compte pour fixer sa part contributoire. Par conséquent, lorsque l'art. 870 dit que « les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession chacun dans la proportion de ce qu'il y prend », on doit l'entendre « en proportion de ce qu'il y prend à titre héréditaire, *per modum universitatis*. » Demolombe, *Successions*, V, n° 30; Laurent, XI, n° 77.

(4) Pour les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers cela ne peut pas faire l'objet d'un doute sérieux. Duranton, VII, n° 425 *fine*; Cass., 30 avril 1884, Sir., 84, 1, 281. Au contraire les termes de l'art. 871 « au prorata de son émolument » ont permis de soutenir que le légataire à titre universel supporte les dettes au prorata de l'émolument *effectif* qu'il retire de la succession, effectif c'est-à-dire calculé, déduction faite des legs particuliers qui sont mis spécialement à sa charge. Toullier, IV, n° 520; Troplong, *Donations et Testaments*, IV, n° 1858. MM. Aubry et Rau (VII, § 723, n. 41) démontrent clairement que le mot « émolument » de l'art. 871 a dû être employé par le législateur seulement pour bien marquer que la part contributoire des légataires avait pour base, non la part de succession à laquelle ils étaient appelés par le testament, mais la part qu'ils ont prise par suite de la réduction que peut leur imposer la présence d'héritiers à réserve. « Le testateur, disent-ils, peut incontestablement mettre le paiement d'un legs particulier à la charge exclusive du légataire à titre universel; or, si la portion contributoire des héritiers aux dettes de la succession pouvait être augmentée en raison de cette circonstance, ils contribueraient indirectement à l'acquittement du legs particulier, et leur position se trouverait exactement la même que si le testateur avait laissé ce legs à la charge de la succession tout entière, ce qui serait manifestement contraire à son intention. »

infligée à un des successeurs de sa part dans certains biens qu'il a divertis ou recelés (1).

Lorsque la succession se partagera entre des héritiers légitimes, des successeurs irréguliers et des légataires de tout ou d'une quote-part de la totalité du patrimoine (2), c'est-à-dire dans la majorité des cas, cette part contributive sera déterminée par un rapport numérique fixé par la loi elle-même ou tout au moins susceptible d'être fixé par un simple calcul portant sur des données fournies par la loi (3). Mais lorsque parmi les successeurs se trouveront, soit des légataires de la totalité ou d'une quote-part des meubles ou immeubles, soit des successeurs anomaux, il faudra, pour connaître ce rapport, procéder à une ventilation c'est-à-dire à une estimation comparative des biens de la succession (4).

(1) On le conteste par la raison suivante : l'art. 792 prononce contre l'auteur du recélé la privation de sa part dans les objets recelés, or cette part, dit-on, c'est une part de ces effets sauf la charge des dettes proportionnellement, et c'est une part ainsi réduite par la contribution aux dettes qui passe aux cohéritiers (Rodière et Pont, *Contrat de Mariage*, II, n° 1402) ; il y a là une peine civile qu'il ne faut pas aggraver en laissant l'auteur du recélé chargé des dettes comme s'il profitait des effets. Pour que cette objection fût fondée il faudrait démontrer que la transmission de la part du recéleur dans certains biens déterminés à ses cohéritiers se fait à titre universel, puisqu'il n'y a que ce titre qui entraîne obligation aux dettes ; or, c'est ce qu'on ne tente pas de faire, cette attribution a lieu à titre d'indemnité pour le dommage qu'aurait causé aux cohéritiers le divertissement ou le recélé non découverts, c'est-à-dire véritablement à titre particulier ; par suite, l'acquisition faite par les cohéritiers du recéleur n'entraîne pour eux aucune contribution de ce chef aux dettes qui grèvent la part de succession recueillie par le recéleur. Demolombe, *Successions*, II, n° 500 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, III, n° 1442.

(2) Successeurs qui prennent directement une fraction de l'actif entier, de l'ensemble des biens.

(3) Au cas par ex. de division entre les deux lignes, de représentation, de présence d'enfants naturels.

(4) Les deux catégories de successeurs que nous venons de citer n'ont pas en effet droit à une partie de l'actif entier, la loi ou le testament leur donne seulement la totalité ou une fraction de certains biens ; or, c'est à la part dans l'actif entier que correspond la part dans les dettes, pour arriver à cette part il est nécessaire de déterminer, au moyen d'une estimation

Pour le montant de sa portion contributoire ainsi déterminée, chacun des contribuables, au cas où il s'agit d'une dette divisible, peut être directement actionné par le créancier héréditaire, quoiqu'il n'ait pas contracté avec lui, en vertu du principe que les biens renferment la charge des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* (1).

Mais en outre le créancier peut avoir un droit de poursuite spécial contre certains des successeurs du défunt, ceux qui le représentent et qui, par suite, sont censés avoir contracté avec ses créanciers, il peut les poursuivre pour la part dans la mesure de laquelle ils représentent le défunt ; or comme, à notre avis, seuls les héritiers légi-

comparative, quel est le rapport de la valeur des biens ainsi recueillis à la valeur totale de l'ensemble des biens. Et cette ventilation est nécessaire aussi pour connaître la part des autres successeurs, puisque, par suite de leur concours avec un ascendant donateur par ex., ils n'ont plus droit à eux tous qu'à l'actif entier diminué de la fraction qui revient à l'ascendant, fraction qu'il faut commencer par fixer. Nous devons faire observer que la situation qui nous occupe actuellement était normale dans notre ancien droit qui réglait la dévolution du patrimoine d'une personne décédée d'après l'origine et la nature des biens, ce qui donnait naissance à plusieurs successions distinctes avec des héritiers différents, héritiers aux meubles et acquêts, aux propres maternels, aux propres paternels ; pour arriver à la part de chaque héritier dans les dettes, il fallait comparer la valeur de la catégorie de biens qui lui était attribuée à la valeur de la masse entière de la succession. Pothier, *Successions*, chap. V, art. III, § 2.

(1) Cela ne peut souffrir aucune difficulté dans notre droit, les art. 1009 et 1012 le constatent pour les légataires. C'est là un des intérêts de la question de savoir si les successeurs anomaux sont des successeurs *in re singulari* ou *per universitatem* ; si on les regarde comme de simples successeurs à titre particulier, on les fera sans doute contribuer aux dettes en vertu de la disposition formelle de l'art. 351, mais les créanciers héréditaires n'auront aucun droit de poursuite contre eux. Bugnet, s. Pothier, VIII, p. 210, n. 1 ; I, p. 522, n. 3 ; Demante, III, n° 208 ; Aubry et Rau, VI, § 640 *bis*, n. 48.

Remarquer que, pour les héritiers, l'art. 873 donne aux créanciers le droit de les poursuivre pour leur part *virile* ; on est d'accord pour rectifier cette décision, mal à propos empruntée à certains auteurs coutumiers, par la règle plus précise que l'art. 1220 donne en dehors du concours de successeurs aux biens : pour leur part héréditaire. Pothier, *Successions*, chap. V, art. III, § 2 *fine* ; Chabot, s. l'art. 873, n° 5 ; Aubry et Rau, VI, § 636, n. 2 ; Demolombe, *Successions*, V, n° 24 ; Laurent, XI, n° 63.

times sont continuateurs de la personne du défunt (1), ils peuvent être poursuivis par les créanciers pour une part

(1) Il est impossible de nier que le Code civil ne reconnaisse des continuateurs de la personne, des représentants du défunt, ce titre est donné par les art. 1220 et 2111 à toute une classe de successeurs. Quels sont ces successeurs ? Certainement les héritiers légitimes, c'est-à-dire ceux dont la vocation est fondée sur un lien de parenté légitime, représentent le défunt, l'art. 1220 ne laisse subsister aucun doute à cet égard ; ce sont « d'autres lui-même » a dit le tribun Siméon (Loché, X, p. 282, n° 11 *fine*) et Merlin disait que « le défunt et son héritier ne forment pour ainsi dire qu'un seul et même individu » (*Répertoire*, v° Légataire, § 7, art. 1, n° 13). A l'inverse il nous paraît certain qu'il faut refuser cette qualité aux successeurs irréguliers. Leur dénomination, empruntée aux auteurs coutumiers, suffirait presque à elle seule à le démontrer. « Ces sortes de successions, dit Pothier (*Successions*, chap. VI), sont appelées irrégulières parce que ceux qui succèdent de cette manière ne succèdent pas à la personne mais seulement aux biens. » Et cette induction est pleinement confirmée par l'examen des textes du Code civil : art. 723 et 724 qui opposent les successeurs irréguliers aux héritiers légitimes, art. 723 et 736 qui évitent de dire que les successeurs irréguliers succèdent, les biens leur passent dit 723, les enfants naturels ne sont pas héritiers dit 736 c'est-à-dire ne représentent pas la personne de leur auteur. Restent les légataires universels ou à titre universel pour lesquels il y a doute. Dans notre ancien droit coutumier, seuls les parents du défunt avaient la qualité d'héritiers continuant sa personne, le représentant ; les légataires et donataires universels de même que les successeurs irréguliers ne succédaient pas à la personne du défunt mais seulement à ses biens. Ricard, *Donations*, nos 1505 et 1506 ; Pothier, *Successions*, chap. V, art. III, § 1 *fine*. Dans les pays de droit écrit, au contraire, de même qu'en droit romain, l'héritier institué par testament (qui correspond au légataire universel) continuait la personne du défunt aussi bien que l'héritier *ab intestat*. Ricard, n° 1505 *fine*. Qu'en est-il dans le droit actuel ? L'art. 2111, disent certains auteurs Nicias-Gaillard, *Revue critique*, 1852, II, p. 362, n. 1 *fine* ; Demolombe, *Successions*, III, n° 117 *fine* ; cpr. Berriat Saint-Prix, *Revue critique*, 1852, II, p. 176 et 177), semble appliquer l'expression de représentants à des successeurs autres que les héritiers légitimes. Or, ces autres successeurs ne sont pas les successeurs irréguliers, ce sont donc les légataires. Et pour le démontrer directement on raisonne ainsi : l'art. 1002 assimile réciproquement les legs universels et les institutions d'héritier pour leur faire produire les mêmes effets, « les effets ci-après établis », et parmi ces effets se trouve l'obligation aux dettes héréditaires *ultra vires successionis* inscrite pour les légataires universels aux art. 1009 et 1012 dans les mêmes termes que pour l'héritier à l'art. 873 (v. p. 78, note) ; or, cet effet attribué au legs universel est précisément celui que les pays de droit écrit donnaient à l'institution d'héritier parce que cet héritier représentait le défunt (p. 78, note) ; le légataire universel se trouve donc sous ce rapport assimilé à l'héritier institué du droit romain, c'est-à-dire qu'il représente le défunt. Ce

héréditaire calculée abstraction faite des autres successeurs qui sont de simples successeurs aux biens (1), sauf bien

n'est pas notre avis et nous aurons occasion de démontrer un peu plus loin que les art. 1009 et 1012 n'entraînent nullement pour les légataires obligation aux dettes *ultra vires* (p. 79, note); par suite, l'argumentation qui précède pêche par la base. Quant à l'art. 2111, lorsqu'il parle par deux fois des « héritiers ou représentants du défunt », il nous paraît appliquer cette qualité de représentants aux héritiers eux-mêmes. S'il avait entendu viser des représentants autres que les héritiers il se serait exprimé d'une façon plus exacte : « des héritiers ou *des* représentants ». Mais il n'a pas pu avoir cette intention car opposer ainsi les représentants aux héritiers aurait impliqué, par *a contrario*, que les héritiers n'étaient pas des représentants; pour viser à la fois tous les représentants, y compris les successeurs autres que les héritiers, l'art. 2111 se fût contenté de dire « des représentants »; par ces mots « des héritiers ou représentants » il exprime la même idée que l'art. 1220 parlant « des héritiers représentant le créancier ou le débiteur ». Finalement nous pouvons dire que, dans le droit actuel comme dans l'ancien droit coutumier, les seuls représentants du défunt sont ses héritiers c'est-à-dire ses parents légitimes.

(1) Les successeurs, représentants du défunt, peuvent être poursuivis par les créanciers héréditaires à un double titre : 1^o comme successeurs à une quote-part de biens (v. p. 68 texte et n. 1); 2^o comme représentants du défunt, à ce titre ils *sont censés avoir contracté eux-mêmes avec ses créanciers*, et par suite ils peuvent être poursuivis par eux aux termes du droit commun (art. 2092) dans la mesure pour laquelle ils représentent le débiteur; et cette mesure se calcule d'après le nombre et la qualité des héritiers, abstraction faite des simples successeurs aux biens dont la présence diminue sans doute la part que les héritiers auront dans le partage des biens de la succession mais ne diminue en rien la part pour laquelle ils représentent le défunt, car c'est uniquement le groupe des héritiers légitimes qui représente le défunt pour le tout. Pothier indique par trois fois cette double qualité en vertu de laquelle les héritiers, seuls représentants du défunt, peuvent être poursuivis par les créanciers. « L'héritier est tenu des dettes comme successeur, non pas seulement des biens, mais *de la personne même du défunt* », (éd. Bugnet, VIII, p. 209 *fine*, p. 216; I, p. 522). Or si les héritiers légitimes sont en concours avec des légataires ou des successeurs irréguliers, la partie pour laquelle ils représentent le défunt n'est pas la même que celle qu'ils acquièrent dans les biens : deux frères dont un est naturel, le légitime représente seul le père commun défunt pour le tout et peut, à ce titre, être poursuivi pour le tout, il n'est au contraire successeur aux biens que pour 1/2; 3 frères dont un est naturel, les 2 légitimes représentent à eux seuls le défunt, chacun peut donc être poursuivi par le créancier pour la moitié des dettes alors que, comme successeur aux biens, il n'en doit supporter que un tiers. Pothier, supposant des légataires, donne cette solution aux 3 passages cités *supra* et en outre au t. I, p. 444; Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. II, n^o 48. Par suite des mêmes principes, la même solution doit encore être admise

entendu le recours des héritiers légitimes contre ces successeurs aux biens pour leur part contributoire. A pour-

aujourd'hui : chacun des successeurs à la personne peut être poursuivi par le créancier héréditaire dans la mesure pour laquelle il représente la personne du défunt, alors même que, comme successeur aux biens, il ne doit supporter la dette que dans une mesure moindre ; et, pour l'excédant de la part héréditaire sur la part contributoire, il aura recours contre les simples successeurs aux biens.

Pour M. Demolombe, qui admet que tout successeur à titre universel est tenu *ultra vires* et par suite représente la personne du défunt (*Successions*, V, n° 38, 4^o), la question ne peut pas se soulever, chacun des successeurs ne représentant le défunt que dans la même mesure pour laquelle il succède aux biens. Mais parmi ceux qui le repoussent et qui reconnaissent que les successeurs irréguliers, tout au moins, ne représentent pas le défunt, il en est qui cependant imposent au créancier de ne jamais poursuivre dans aucun cas les représentants au-delà de leur part contributoire. Déjà dans l'ancien droit on trouve en ce sens Ferrière, sur l'art. 334 Coutume de Paris, § 3, n° 15 (IV, p. 1032 et 1033). Des auteurs modernes (MM. Bédant et Duverger, à leur cours) l'écartent en disant qu'il ne peut pas être dans l'esprit de la loi de faire avancer une partie de la dette par le représentant sauf son recours contre un successeur qui peut se trouver insolvable, recours que la loi n'a pas même organisé ; un texte précis serait nécessaire pour imposer cette solution, et ce texte on ne le trouve pas dans le code. Sans méconnaître les inconvénients de la solution avancée au texte, nous croyons cependant devoir la maintenir pour les raisons suivantes. L'idée de représentation de la personne entraînait dans notre ancien droit deux conséquences : obligation aux dettes *ultra vires*, poursuite par un créancier héréditaire *pro parte hereditaria* (opposée à la *pars contributoria*). Si on admet (v. la note précédente) que cette idée de la représentation de la personne a passé dans notre droit moderne, il faut accepter les conséquences qu'elle entraînait autrefois. L'ancien droit, tout en admettant le recours et en constatant ses inconvénients (Lebrun, *loco cit.*), ne le réglementait pas spécialement (il ne réglementait le recours qu'au cas de paiement intégral d'une dette hypothécaire), parce que le droit commun suffisait ; le code a fait comme lui, mais son silence n'implique nullement l'inexistence du recours par suite de l'identité entre la part obligatoire des représentants à l'égard des créanciers et leur part contributoire. La preuve en est le soin qu'ont eu les rédacteurs de « régler par des dispositions distinctes et rédigées dans des termes différents la manière dont les héritiers ont à contribuer entre eux et avec les autres successeurs à titre universel à l'acquittement des dettes (art. 870 et 871) et celle dont ils sont tenus au paiement des dettes à l'égard des créanciers (art. 873) » (Aubry et Rau, VI, § 636, n. 9). On peut même tirer de cet art. 873 un argument direct en ce sens : l'art. 873 prévoyant le concours d'héritiers, c'est-à-dire de successeurs à la personne, avec des successeurs aux biens décide que le créancier peut poursuivre chaque héritier pour une part virile, calculée d'après le nombre des *héritiers*, *pro numero heredum*, de sorte que, d'après

suivre ainsi les représentants du défunt à ce titre le créancier gagne d'être soustrait au risque de l'insolvabilité des

cet article le créancier va pouvoir demander la totalité de la dette à l'ensemble des héritiers en laissant de côté les légataires ; chacun des héritiers sera donc poursuivi par le créancier pour une part héréditaire (et non virile, v. p. 68, n. 4) supérieure à sa part contributoire et il aura recours pour l'exécutant contre les légataires, de même que, s'il paie la totalité d'une dette hypothécaire, il aura recours contre les cohéritiers et les légataires. Demante, III, n° 209. On remarquera que nous n'avons pas fait intervenir dans le débat l'art. 1220 parce que cet article ne prévoit que la présence d'héritiers légitimes seuls ; ce qui d'ailleurs n'implique nullement que les créances et les dettes ne se divisent pas entre les autres successeurs. Pothier, auquel notre article est emprunté (*Obligations*, nos 299 et 502), ne parlait que des héritiers et cependant il est certain que la division des créances et des dettes (pour les dettes v. son *Traité des Successions*) s'opérait entre tous les successeurs.

Ainsi donc, en cas de concours d'héritiers légitimes avec des légataires ou des successeurs irréguliers, les créanciers du défunt ont le droit de poursuivre les héritiers pour une part héréditaire calculée abstraction faite des successeurs aux biens, c'est-à-dire pour la part dans la mesure de laquelle ils représentent le défunt. Il semble que le même motif dût conduire à une solution identique dans l'hypothèse inverse : les héritiers, semble-t-il, devraient être autorisés à poursuivre dans la mesure de la part pour laquelle ils représentent le défunt les débiteurs héréditaires, puisque ces débiteurs sont censés avoir contracté avec eux dans cette mesure, sauf ensuite à rendre compte aux successeurs aux biens. Et cependant cette solution personne (sauf M. Baudry-Lacantinerie, II, 2^e Ed., n° 329) ne la donne, on ne la soulève même pas comme possible (M. Colmet de Santerre, V, n° 156 bis, IV ; Demolombe, *Obligations*, III, n° 544) et nous n'avons trouvé dans nos anciens auteurs coutumiers rien qui pût nous faire supposer qu'elle eût été soulevée. C'est qu'il est une raison de différence entre les créances et les dettes héréditaires. Supposons en effet deux héritiers légitimes et un légataire pour un tiers. Avant la délivrance faite au légataire chacun des héritiers, représentant le défunt pour moitié, peut être poursuivi par le créancier pour moitié et peut aussi poursuivre le débiteur héréditaire pour moitié. Survient la délivrance : cette délivrance que les héritiers consentent au légataire, à laquelle les créanciers restent étrangers, ne peut en rien diminuer les droits que ceux-ci tiennent de l'ouverture de la succession contre les héritiers légitimes de leur débiteur devenus leurs propres débiteurs ; « la délivrance, dit très exactement Pothier (VIII, p. 241), oblige bien ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes, à les indemniser de ce tiers, mais ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession. » Il en est différemment quant aux créances, les héritiers légitimes sont devenus créanciers pour moitié du débiteur héréditaire, en consentant la délivrance ils transfèrent au légataire le droit d'agir pour 1/3 de chacune des créances de la succession, ils s'enlèvent à eux-mêmes le droit d'agir pour 1/3 de la créance, ce qui n'exige aucunement le consentement du débiteur. Le même effet doit être attaché à l'envoi en possession obtenu par un successeur irrégulier.

successeurs aux biens (1) ou de l'insuffisance de leur émolument (2) dans la mesure de leur part contributoire, risque qu'il met à la charge des successeurs à la personne (3).

La contribution que nous venons d'étudier pour fixer la part que le *solvens* doit supporter lui-même dans la dette hypothécaire qu'il a payée est la contribution normale, celle qui résulte de la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, celle dans la mesure de laquelle les créanciers héréditaires ont action directe contre chacun des successeurs.

Elle peut se trouver modifiée par la volonté : soit du défunt qui, par son testament, a imposé à un légataire particulier le fardeau exclusif de certaines dettes, ou déchargé un légataire à titre universel de toute contribution aux dettes, ou imposé à un de ses successeurs la charge défi-

(1) Alors même qu'ils seraient solvables le créancier héréditaire peut trouver dans son droit de poursuite spécial contre les représentants l'avantage suivant : parmi les successeurs aux biens s'en trouve un dont la part dans l'actif a besoin pour être connue d'une ventilation (v. p. 67, n. 4), le créancier ne pourrait agir en vertu de la règle *bona non sunt* qu'après cette ventilation opérée (*contra*, Demolombe, *Successions*, V, n^{os} 43 et 44) ; pour éviter ce retard il agira contre les représentants du défunt, poursuivant chacun d'eux pour une part calculée abstraction faite des successeurs aux biens, part connue sans nécessité d'une ventilation à moins que, parmi les représentants du défunt, ne se trouve un ascendant donateur.

(2) Nous démontrerons en effet plus loin (p. 76, n. 2) que les légataires et successeurs irréguliers ne sont tenus des dettes héréditaires que *intra vires successionis*.

(3) Primus et Secundus héritiers pour parts égales, Tertius légataire du tiers, une dette de 12. Le créancier demande 6 à Primus, 6 à Secundus ; il est payé intégralement quelle que soit la solvabilité de Tertius. Primus et Secundus ont fait chacun l'avance de 2 pour Tertius, ils vont se retourner contre lui en courant le risque de son insolvabilité. Pour se mettre à l'abri de ce risque les héritiers, si la dette est échue, refuseront au légataire Tertius la délivrance tant qu'il n'aura pas payé sa part de la dette. Et si elle n'est pas échue nous pensons qu'en vue de l'action éventuelle du créancier les héritiers sont en droit d'exiger du légataire, lors de la délivrance, des sûretés (caution) garantissant l'acquittement de sa contribution. Demante, III, n^o 209 bis, I ; Aubry et Rau, VI, § 636, n. 9 *fin*. Nous sommes ici en matière toute de tradition, or notre ancienne jurisprudence reconnaissait aux héritiers ce droit. Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. II, n^o 48.

nitive d'une obligation (1) ; soit des successeurs copartageants qui, par une clause de l'acte de partage, ont mis à la charge de l'un d'entre eux la totalité d'une dette ou une part dans cette dette supérieure à sa part héréditaire. Il est bien entendu que cette modification volontaire de la contribution ne diminue en rien le droit de poursuite des créanciers contre les successeurs ainsi déchargés (2) ; bien plus, *du chef de ces derniers*, ils peuvent en vertu de l'art. 1166 agir contre celui d'entre eux qui est chargé de supporter leur part contributoire dans la dette.

La loi elle-même (art. 876) la modifie dans le cas spécial où l'un des successeurs ayant été contraint, par l'effet de l'hypothèque, de payer au créancier la totalité de la dette commune, il s'agit pour lui de recourir contre les autres contribuables, sa part contributoire confuse (3). Tous ces contribuables sont-ils solvables, rien de changé au droit commun de la contribution. Mais l'un d'eux est-il insolvable au jour où le paiement intégral a eu lieu (4), la perte résultant de cette insolvabilité (5) est répartie au marc le

(1) Aubry et Rau, IV, § 301, n. 36 ; M. Colmet de Santerre, V, n° 157 *bis*, VI, *fine*.

(2) Dans le premier cas, en effet, le débiteur ne peut pas par une clause de son testament priver son créancier d'un droit qui est né pour lui du jour de la convention. Et, dans le second, les héritiers du débiteur, c'est-à-dire les débiteurs, ne peuvent pas par une convention passée entre eux, sans l'intervention du créancier, réduire les droits de celui-ci contre eux, art. 1165 ; v. aussi art. 872 *fine* (*infra*, chap. III *fine*) ; Pothier, *Obligations*, n° 87 ; Demolombe, *Successions*, V, n° 9 ; Aubry et Rau, VI, § 636, texte et n. 6.

(3) Il suffit de lire les articles 875 et 876 pour être convaincu que le second (876) n'est que le complément du premier (875) ; or celui-ci vise bien l'hypothèse que nous indiquons au texte (*infra*, chap. II, sect. II, § 1, II *medio*).

(4) Si cette insolvabilité survient après le paiement, entre le paiement et l'action récursoire, ce sera tant pis pour le *solvens* qui devra supporter entièrement la perte en résultant. Il ne pourra pas imposer à ses cohéritiers la conséquence de la négligence qu'il a mise à opérer le recouvrement de ses avances. Demolombe, *Successions*, V, n° 78, 2°. C'est également la solution admise en matière de solidarité, art. 1214, 2° al. Demolombe, *Contrats*, III, n° 435.

(5) L'art. 876 répartit sa « part dans la dette hypothécaire », c'est qu'il le suppose totalement insolvable auquel cas la perte résultant de son insolvabilité est précisément le montant de sa part dans la dette.

franc entre tous ceux qui sont solvables (1) y compris celui qui a été forcé de faire le paiement ; dans ce cas spécial la part contributoire de chacun d'eux dans la dette hypothécaire se trouve augmentée d'autant. Art. 876.

(1) Cette répartition de l'insolvabilité de l'un des contribuables entre tous les autres est des plus justes. Sans elle, en effet, quelle que soit la mesure dans laquelle l'héritier qui a payé est autorisé à recourir, la part de l'insolvable restera à la charge exclusive d'un ou de quelques-uns des héritiers. Lui donne-t-on, avec l'art. 875, recours contre chacun d'eux pour sa part contributoire, c'est lui qui souffrira seul de l'insolvabilité de l'un d'eux. Lui donne-t-on, d'après ce que nous croyons être le droit commun en matière de subrogation (*infra*, chap. II, sect. II, § 1, I), recours pour tout l'excédant contre l'un quelconque de ses cohéritiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué à la dette, c'est sur le dernier d'entre eux poursuivi que la perte retombera. Donne-t-on au détenteur, poursuivi le premier par le créancier, un recours divisé contre tous les détenteurs, la répartition ne se faisant qu'entre ces détenteurs, c'est eux seuls qui supporteront la perte alors qu'il y a peut-être à côté d'eux des cohéritiers non détenteurs (après le partage effectué). Or, cette perte d'où résulte-t-elle ? Sans doute c'est l'insolvabilité d'un des contribuables qui y donne lieu ; mais, sans le caractère hypothécaire de la dette héréditaire, la perte eût été pour le créancier et non pour l'un ou quelques-uns des cohéritiers détenteurs. Il ne faut pas que le caractère de la dette nuise exclusivement à ces cohéritiers. Si l'un d'eux est obligé de payer au créancier la totalité de la dette c'est à raison de la nature hypothécaire de celle-ci, mais il ne fait en cela qu'une avance et finalement il doit se retrouver dans la même situation que ses cohéritiers, c'est pour cela qu'il a un recours contre eux ; que si l'un de ceux-ci est insolvable, pour que les autres soient tous dans la même situation, il faut que la charge de cette insolvabilité se partage entre eux, « l'équité ne permet pas, dit Pothier (*Obligations*, n° 281 *fine*), qu'ayant acquitté seul la dette commune il porte seul cette insolvabilité ». Ce que la loi vise à obtenir au moyen de cette répartition c'est une *égalité de fait* entre les héritiers. D'une façon générale en matière de succession elle ne veut pas que l'un des héritiers réalise un bénéfice ou subisse une perte que tous les autres ne réaliseraient pas ou ne subiraient pas pour leur part. Et de cette idée nous pouvons signaler plusieurs applications : 1^o elle est, ainsi que nous le dirons (chap. II, sect. I, § 2), la cause efficiente (historiquement parlant) et la raison d'être du rapport des dettes ; 2^o s'agit-il de biens qui composent la masse partageable, la loi organise la garantie et l'art. 883, 2^o alinéa, répartit expressément la part du garant insolvable entre tous les autres héritiers ; 3^o s'agit-il des créances héréditaires, la loi divise *chacune* d'entre elles (art. 1220) afin que chacun des héritiers soit également exposé à l'insolvabilité du débiteur ; 4^o enfin, s'agit-il d'une dette, la loi ne veut pas que celui des héritiers qui est obligé de payer le tout se trouve en perte dans une proportion plus grande que ses cohéritiers par suite de l'insolvabilité de l'un d'entre eux, tous ceux qui sont solvables s'en partageront la charge. Remarquons qu'une répartition iden-

Ce que la loi dit de l'insolvabilité de l'un des contribuables doit être appliqué au cas où l'un des héritiers ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, la quantité d'actif recueillie par lui se trouve inférieure à la somme qui forme sa part dans la dette hypothécaire ; la portion non payée par lui sera répartie (1).

Il en est de même au cas d'un simple successeur aux biens, légataire ou successeur irrégulier, dont l'émolument est inférieur au montant de sa part contributoire, car les légataires universels ou à titre universel et les successeurs irréguliers ne sont, à notre avis, tenus de supporter leur part dans les dettes héréditaires que *intra vires emolumentum* (2), soit à l'égard du créancier poursuivant, soit à

tique est faite par la loi au cas de dette solidaire ; la loi, voulant maintenir entre les débiteurs solidaires une égalité proportionnelle à leur intérêt dans l'affaire, répartit entre ceux d'entre eux qui sont solvables la part de l'insolvable dans la dette, art. 1214, 2^e al.

(1) Le but de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est précisément de soustraire l'héritier bénéficiaire à la charge des dettes héréditaires *ultra vires emolumentum* ; peu importe qui poursuive l'héritier bénéficiaire en paiement. D'ordinaire, il est vrai, c'est à l'encontre des créanciers que cet effet se produit, au lieu que dans notre hypothèse la répartition opérée va mettre la perte résultant de l'acceptation bénéficiaire à la charge des cohéritiers. En réalité ce n'est pas tant le bénéfice d'inventaire qui en est cause que la nécessité dans laquelle s'est trouvé l'un des héritiers détenteurs de payer la totalité de la dette hypothécaire ; c'est l'hypothèque qui transporte du créancier aux héritiers la perte résultant soit de l'acceptation par l'un d'eux sous bénéfice d'inventaire, soit de son insolvabilité qui, elle non plus, ne réagit pas d'ordinaire contre les héritiers (*infra*, chap. II, sect. II, § 2, 1^o, b).

(2) Nous avons démontré (p. 69, n. 1) que seuls les héritiers légitimes représentent le défunt, les légataires et successeurs irréguliers n'étant que des successeurs aux biens. Or, nous pensons que seule la fiction de la continuation de la personne du défunt par certains de ses successeurs peut fonder l'obligation de ceux-ci aux dettes *ultra vires successionis*. C'était l'idée de notre ancien droit, comme on peut s'en assurer en se reportant à Pothier (*Successions*, chap. V, art. III, § 1, 1^{er} al. ; chap. VI) et à Merlin (*Répertoire*, v^o Héritier, sect. I, § II, n^o 3, 2^{me} al.). Il en était de même en pays de droit écrit pour l'héritier ab intestat ou institué. Et ceci se comprend assez bien : le représentant et le défunt ne faisant qu'un, le premier est censé avoir contracté (Aubry et Rau, VI, § 583, fin du 1^{er} al.) avec les créanciers du second et par suite est tenu *in infinitum* de son obligation. Or, il ne nous est pas encore démontré que les rédacteurs du code aient

l'égard d'un cosuccesseur agissant en recours contre lui après avoir payé la totalité de la dette.

Ayant ainsi déterminé la part que chacun des contribuables doit supporter dans chacune des dettes du défunt

changé le point de vue. On a cependant proposé comme base de l'obligation aux dettes du défunt *ultra vires* deux autres idées. D'après les uns, elle serait la conséquence de la saisine, comme en fait foi le texte de l'art. 724 « les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ». Demante, III, n° 24 *bis*, III ; Colmet de Santerre, IV, n° 148 *bis*, III ; Aubry et Rau, VI, § 583 *initio* ; VII, § 723, n. 6 *medio*. Sans doute en la personne des héritiers légitimes, dont parle l'art. 724, la saisine et l'obligation *ultra vires* se trouvent concorder ; mais est-ce à dire que l'une soit la conséquence de l'autre et que partout où l'on trouve la saisine on doive en conclure l'obligation *ultra vires* ? Nous ne le pensons pas. L'art. 724 est en effet emprunté à Pothier (*Successions*, chap. III, sect. II) : cette saisine consiste en ce que *tous* les droits du défunt, *toutes ses obligations*, passent de sa personne ». Or, quand Pothier s'exprimait ainsi, il n'avait nullement en vue la charge de ces obligations *ultra vires*, il indiquait à tort que la saisine est la cause de la transmission des droits et des obligations (en réalité, droits et obligations passent aussi aux légataires et aux successeurs irréguliers en vertu de l'ouverture même de la succession), mais il ne s'occupait pas de la mesure dans laquelle toutes ces obligations seraient à la charge du successeur saisi. C'est ailleurs qu'il s'en est occupé, dans les trois passages indiqués p. 70, n. 1, où il rattache expressément l'obligation aux dettes *ultra vires* à la représentation de la personne. Et ce qui prouve directement que dans notre ancien droit coutumier, auquel les rédacteurs du code civil ont emprunté la saisine, la charge des dettes *ultra vires* n'était pas une conséquence de cette saisine, c'est qu'il est des successeurs, les successeurs irréguliers, qui sont saisis (Lebrun, liv. III, chap. I, n° 14 ; Merlin, v° Héritier, sect. I, § II, n° 3) et qui cependant ne sont tenus que *intra vires* (Pothier, *Successions*, chap. VI). Merlin s'exprime ainsi, *loco cit.*, « tous ces successeurs, abbé, seigneur, souverain, sont héritiers, dans le sens qu'ils jouissent de l'effet de la maxime « le mort saisit le vif », et ils ne le sont pas en tant qu'ils ne représentent pas la personne du défunt, c'est-à-dire qu'ils ne sont tenus au paiement de ses dettes et à l'entretien de ses obligations que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé de ses biens. » Et rien n'indique, ni le texte de l'art. 724, ni la discussion qui s'est élevée au Conseil d'Etat sur l'art. 1006, que les rédacteurs du code civil aient entendu modifier sur ce point la théorie de notre ancien droit. Nous n'insistons pas davantage, car en dehors des héritiers légitimes, représentants de la personne, il n'y a que le légataire universel qui soit saisi (l'exécuteur testamentaire peut aussi l'être, mais, disent les auteurs dont nous combattons le système, ce n'est plus la saisine de l'art. 724 et il n'est tenu que *intra vires*) ; or, d'après l'art. 1006, il n'est saisi qu'en l'absence d'héritiers à réserve, lorsqu'il vient seul à la succes-

nous connaissons par là même la part que doit supporter celui d'entre eux qui a acquitté l'intégralité d'une dette hypothécaire. C'est seulement le surplus de la dette qu'il

sion, il ne saurait alors être question de contribution ni de recours entre divers successeurs. A notre avis, le légataire universel même saisi n'est pas tenu des dettes du défunt *ultra vires* parce qu'il n'est pas représentant de celui-ci. On ne comprend guère d'ailleurs en quoi la présence ou l'absence d'héritiers à réserve peut influencer sur la qualité *intrinsèque* du légataire et en faire soit un simple successeur aux biens soit un successeur à la personne. Bugnet, sur Pothier, *Donations testamentaires*, n° 58; Berriat Saint-Prix, *Revue critique*, 1852, II, p. 176. — D'autres ont prétendu que l'obligation aux dettes *ultra vires* résultait de la succession à titre universel elle-même, abstraction faite de toute représentation de la personne. Cassation, 13 août 1854, Toussaint, Sir., 51, I, 653; Toulouse, 16 mars 1882, Sir., 83, 2, 73; Nicias-Gaillard, *Revue critique*, 1852, II, p. 344 et stes.; Demolombe, *Successions*, I, n° 160; III, n°s 115-119; V, n°s 37-40. Ce serait là une rupture complète avec toute notre ancienne tradition des pays de droit écrit comme des pays coutumiers, et, quelques considérations législatives que l'on puisse présenter en faveur de cette idée, on ne doit l'admettre qu'autant que des textes du code l'imposeraient. C'est en effet dans le code lui-même qu'on en a cherché la justification. Les art. 1009 et 1012 disent que les légataires universels ou à titre universel sont « tenus personnellement pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout ». Or, être tenu personnellement c'est être tenu indéfiniment sur tous ses biens (art. 2092); de plus, l'art. 873 pour les héritiers s'exprime exactement comme 1009 et 1012, or l'héritier est certainement tenu *ultra vires*, le légataire semble être dans la même situation. Voilà l'argument capital. Ceci posé, les uns y voient la démonstration que les légataires universels ou à titre universel sont des représentants de la personne du défunt, comme l'héritier institué des pays de droit écrit, parce que seule la représentation peut expliquer la charge *ultra vires*. D'autres (arrêts et auteurs cités plus haut), laissant de côté l'idée de représentation de la personne, disent que c'est comme successeurs à titre universel qu'ils sont tenus *ultra vires*, qu'il en doit être de même des successeurs irréguliers, quoiqu'il n'y ait pour eux aucun texte analogue à 1009 et 1012, il n'y a aucune raison de ne pas décider qu'ils « sont tenus personnellement pour leur part et hypothécairement pour le tout » comme les légataires. Voyons donc si réellement les 1009 et 1012 imposent l'obligation *ultra vires* aux légataires. S'ils ne le font pas, par là même se trouveront écartées et l'opinion de ceux qui voient dans les légataires des représentants de la personne du défunt parce qu'ils sont tenus *ultra vires*, et l'opinion de ceux qui voient dans toute succession à titre universel le principe d'une obligation *ultra vires*. Disons dès maintenant que, alors même qu'on devrait reconnaître une telle décision dans les art. 1009 et 1012, il faudrait la restreindre aux légataires, y voir l'assimilation des légataires des pays de coutume aux héritiers institués des pays de droit écrit, ils seraient devenus des continuateurs de la personne du

va pouvoir mettre à la charge de ses cosuccesseurs. Au moyen de quelles actions ? voilà ce que nous allons maintenant rechercher.

défunt ; mais la décision de l'ancien droit quant aux successeurs irréguliers ne serait nullement atteinte car rien dans le Code ne laisse soupçonner pour eux un tel changement. Mais, à nos yeux, les art. 1009 et 1012 ne consacrent pas une telle innovation pour les légataires, ils ne leur imposent pas la charge des dettes *ultra vires*. L'argument tiré du mot « personnellement » n'est pas péremptoire ; l'explication de ce mot a été donnée d'une façon très nette par M. Colmet de Santerre (IV, n° 152 bis, V). Pothier en effet décidait formellement que les légataires et donataires universels n'étaient pas débiteurs personnels des dettes de la succession (*Successions*, chap. V, art. III, § 1 *fine*), ce qui ne l'empêchait pas de donner contre eux aux créanciers héréditaires « action personnelle pour leur part et portion et hypothécaire pour le tout » (art. IV, *initio*). Et s'il parle ainsi d'action personnelle contre des légataires, qui ne sont cependant pas débiteurs personnels au vrai sens du mot, c'est que, donnant contre ceux d'entre eux détenteurs d'un immeuble hypothéqué à la dette une action hypothécaire qui est réelle, il fallait bien qu'il qualifiât l'autre de personnelle puisque, contre le défunt, cette action était aussi donnée personnellement, par opposition à celle qui était donnée contre lui hypothécairement. Le Code fait de même, il donne aux créanciers soit contre les héritiers, soit contre les légataires, action personnelle et action hypothécaire. Mais, pas plus que dans l'ancien droit, cela n'implique que les légataires soient débiteurs personnels au vrai sens du mot ; en réalité les légataires, simples successeurs aux biens, ne sont, en cette qualité, soumis qu'à une action personnelle imparfaite (Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 3) ou encore, d'après l'expression de Ricard (*Donations*, n° 1517), à une action *personalis ob rem*. Quant à la similitude de rédaction des art. 873 pour l'héritier, 1009 et 1012 pour le légataire, il n'y a rien à en tirer. C'est en effet dans la même phrase que Pothier (*Successions*, chap. V, art. IV, 3^{me} al., cpr. aussi le 5^{me} al., éd. Bugnet, VIII, p. 216 et 217) donne aux créanciers action hypothécaire pour le tout et action personnelle pour leur part et portion « contre chacun des héritiers et autres successeurs », ce qui n'empêchait pas que seuls les héritiers fussent tenus de leur part *ultra vires* et les légataires de la leur *intra vires*. De même, dans notre droit, les articles cités n'ont nullement pour objet de décider de l'obligation *ultra vires* (aucun article du Code ne s'en occupe directement, c'est une idée traditionnelle confirmée par l'art. 802) ; ces articles ont uniquement pour objet de déterminer, comme Pothier le faisait, la proportion suivant laquelle s'opère la division du droit de poursuite personnelle soit contre les héritiers, soit contre les légataires ; mais, une fois cette division opérée, ils ne disent pas jusqu'à quel point ces différents successeurs seront tenus de la part qui peut leur être réclamée.

Notre conclusion est donc que, seuls parmi les successeurs du défunt, les héritiers légitimes sont tenus de ses dettes *ultra vires successionis*.

CHAPITRE DEUXIÈME

Actions récursoires.

Le recours de l'héritier qui a payé au créancier héréditaire plus qu'il ne doit supporter dans la dette est assuré par de nombreuses actions présentant des avantages divers. Ces actions forment deux catégories :

les unes naissent directement en la personne du *solvens* du fait même du paiement qu'il effectue ;

les autres peuvent lui être acquises au moyen d'une subrogation légale ou conventionnelle.

SECTION PREMIÈRE

ACTIONS NÉES DIRECTEMENT EN LA PERSONNE DE L'HÉRITIER QUI A PAYÉ.

Il y en a trois :

1^o action *negotiorum gestorum* ou action *de in rem verso*, à quelque époque que le paiement soit fait ;

2^o action de partage, si le paiement a lieu avant le partage ;

3^o action de garantie, s'il a lieu après.

§ 1.

Action de gestion d'affaires ou action *de in rem verso*.

Supposons trois successeurs pour parts égales, Primus légataire du tiers des biens, Secundus et Tertius héritiers légitimes, une dette hypothécaire de 12. L'un deux Primus

paie les 12, il procure ainsi à chacun de ses cohéritiers libération de la part dont il était tenu dans cette dette, quant au paiement de la dette il fait (*gerit*) leur affaire. Et précisément, de cette circonstance que Primus a géré l'affaire de ses cohéritiers, va naître à son profit et contre eux une action qui sera tantôt l'action *gestorum negotiorum* et tantôt l'action voisine *de in rem verso* (1) :

action *gestorum negotiorum* si Primus n'est pas détenteur d'un immeuble ou portion d'immeuble hypothéqué à la dette payée (2) ;

action *de in rem verso* si au contraire il est détenteur (3).

(1) Ces actions ont toutes deux leur fondement dans une gestion d'affaires. V. Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1375, n° 14.

(2) Primus tombe alors exactement sous l'application de l'art. 1372 C. C., car il a *volontairement* géré l'affaire de ses cohéritiers, *volontairement* puisque, pour la part de ceux-ci, il n'était tenu ni réellement (il n'est pas détenteur, v. p. 61, n. 4), ni personnellement ; mais ici il importe de remarquer, pour le cas où le paiement serait fait par un des héritiers légitimes, que cet héritier légitime est tenu personnellement au regard du créancier non pour sa part contributoire mais pour sa part *héréditaire* (p. 70, n. 4), supérieure à la précédente, 6 dans l'hypothèse du texte, et, par suite, sur les 8 qu'il a payés à la décharge de ses cosuccesseurs, il ne pourrait prétendre avoir volontairement payé que 6 et c'est seulement jusqu'à concurrence de 6 qu'il pourrait agir par l'action de gestion d'affaires, pour les 2 qu'il était tenu de payer il n'aura que l'action *de in rem verso* (v. n. suivante).

(3) En cela nous nous mettons en opposition avec l'unanimité des auteurs que nous avons pu consulter. Aubry et Rau, VI, § 637, p. 685; Mourlon, *Subrogations personnelles*, p. 466; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Obligations, nos 1950 et 5394; Larombière, sur l'art. 1372, n° 4 (vise une obligation indivisible); Ducauroy, Bonnier et Roustain, II, n° 754; Demolombe, *Successions*, V, n° 71; Pont, *Privilèges et Hypothèques*, sur l'art. 2178, V, n° 4218; Allart, *Revue pratique*, 1875, XXXIX, p. 297. Tous s'accordent à donner à l'héritier contraint de payer la totalité de la dette, à titre de détenteur d'un immeuble hypothéqué (Primus), une action de gestion d'affaires contre le débiteur personnel (Secundus et Tertius). Aucun d'eux ne justifiant sa thèse, c'est aux textes que nous avons eu recours lorsque nous avons voulu nous en rendre compte et précisément cet examen scrupuleux des textes nous a conduit à la solution inverse. Notre raisonnement sur ce point est fort simple : pour qu'il y ait *juridiquement* gestion d'affaires l'art. 1372 C. C. exige qu'on ait « volontairement géré » et en cela il ne fait que reproduire ce que dit l'art. 1371 de tous les quasi-contrats qu'il qualifie de faits « purement volontaires » ; dans notre espèce Primus n'a payé que parce qu'il se trouvait obligé de le faire par suite de l'hypothèque, il n'a pas géré volontairement;

Il serait intéressant de suivre la marche parallèle de ces deux actions dans le droit commun. Mais pour l'action *de in rem verso* cette étude n'aurait, dans l'hypothèse spéciale qui nous occupe, qu'un intérêt très restreint car cette action, 1^o tombant quant à sa quotité sous la limitation des art. 873 et 875 du C. C. (1), 2^o étant purement personnelle et ne pouvant avoir lieu que contre les cohéritiers, n'offre à son titulaire aucun avantage particulier

par conséquent le quasi-contrat de gestion d'affaires n'a pu se former. Ce qu'il y a de curieux c'est que les partisans de l'opinion adverse reconnaissent sans difficulté la mineure de ce syllogisme. « Cette gestion est alors *forcée*, dit M. Larombière, puisqu'il est *tenu* de payer la dette à laquelle il est obligé ». Et un arrêt de la Cour de Rennes du 26 avril 1834 (Sir., 36, 2, 451) « attendu qu'il en résulte que K... ne pouvait se refuser à l'acquit de la totalité de la rente, qu'*obligé* de payer pour ses cohéritiers il a *nécessairement* fait l'affaire de ces derniers et a contre eux tant l'action de subrogation que l'action *negotiorum gestorum*. » V. aussi Aubry et Rau, VI, p. 685. M. Larombière seul semble avoir aperçu qu'admettre, dans une telle hypothèse, l'action *gestorum negotiorum* c'est aller à l'encontre des termes formels des art. 1371 et 1372 C. C. Voici alors le semblant de justification qu'il propose : « mais si cette dette (indivisible ou hypothécaire) a son principe dans une convention ou dans un fait volontaire, la gestion d'affaires qui en est la conséquence a également son principe dans la volonté. » Ceci ne justifie rien du tout; que le savant magistrat veuille bien se reporter sans aucune idée préconçue à l'art. 1372 et il verra que lorsqu'on a *forcément* payé la dette d'autrui (quelle qu'en soit la source) on ne saurait prétendre avoir *volontairement* géré l'affaire d'autrui. Primus n'a donc pas l'action *negotiorum gestorum* contre Secundus et Tertius. Mais ces deux derniers n'en ont pas moins été libérés au moyen de l'argent déboursé par Primus, or, comme il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, chacun d'eux devra, dans les limites du profit qu'il retire, indemniser Primus, qui à cet effet aura contre eux l'action *de in rem verso*, action que l'on regarde comme sanctionnant d'une manière générale la règle d'équité « *neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorum fieri*. » Aubry et Rau, VI, § 578, texte et n. 9.

(1) Ces deux articles, en effet, visant le cas qui nous occupe (cohéritier qui par l'effet de l'hypothèque a payé au-delà de sa part dans la dette commune) décident qu'il n'a de recours que dans la mesure des *parts contributives*; c'est là une décision donnée pour le recours en lui-même et qui doit s'appliquer quelle que soit l'action par laquelle ce recours s'exerce. C'est pour l'action de subrogation que cette limitation est la plus sensible et c'est là que nous l'exposerons (chap. II, sect. II, § 4, II), nous verrons alors que les motifs qui la justifient sont indépendants de l'action qui sert à réaliser le recours.

qui puisse la faire préférer aux actions que nous étudierons ultérieurement.

Il en est tout autrement pour l'action *negotiorum gestorum contraria* car, 1° elle échappe à la limitation des art. 873 et 875 (1), 2° elle présente pour le gérant cet avantage particulier qu'il peut par son moyen répéter du maître, non seulement les dépenses que la gestion lui a occasionnées, mais de plus les intérêts de ces dépenses à partir du jour où il les a faites (2).

Voici brièvement comment fonctionnera cette action dans le cas précis où elle est donnée, « paiement volontaire fait par un héritier non détenteur. » Le gérant pourra agir contre ses cosuccesseurs dans la mesure pour laquelle il a soustrait chacun deux à la poursuite du créancier (3) c'est-à-dire pour leur part contributoire dans la dette et même, au cas de concours d'héritiers légitimes avec des successeurs irréguliers et des légataires, contre les premiers pour leur part héréditaire calculée abstraction faite des seconds, mais sans pouvoir en ce cas rien répéter au delà de l'excédant de la dette sur sa propre part contributoire dans la dette (4). Mais le plus souvent il n'aura

(1) Ici ce n'est pas « par l'effet de l'hypothèque » que Primus a payé la totalité de la dette ; les art. 873 et 875 doivent donc être écartés pour faire place au droit commun (*infra*, chap. II, sect. II, § 1, II *medio*).

(2) C'est là une question fort controversée. On peut consulter, dans le sens adopté par nous, MM. Aubry et Rau, IV, § 441, texte et n. 12 ; Demolombe, *Contrats*, VIII, n° 171 ; et, en sens contraire, M. Colmet de Santerre, V, n° 354 *bis*, II ; cpr. M. Larombière, sur l'art. 1375, n° 17, et s. l'art. 1153, n° 37.

(3) C'est dans cette proportion que le paiement par lui effectué a évité à ses cosuccesseurs d'avoir à répondre à l'action du créancier, d'avoir à déboursier une somme d'argent, en un mot c'est dans cette proportion que ses déboursés lui ont servi à utilement administrer leur affaire, or, d'après l'art. 1375, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit rembourser au gérant ce qu'il a déboursé à cet effet.

(4) Appliquons-le à notre exemple. Primus doit supporter 4 dans la dette, c'est donc 8 qu'il a déboursé dans l'intérêt de ses cosuccesseurs. A Secundus, héritier légitime, il peut réclamer 6 (sa part héréditaire), il ne lui reste plus que 2 à réclamer à Tertius, sauf à ce dernier à se voir rechercher

pas l'action *negotiorum gestorum* contre le détenteur (tiers ou cohéritier) de l'immeuble hypothéqué ni contre la caution s'il y en a une (1); le successeur ne pourrait avoir action contre eux que s'il stipulait du créancier une subrogation conventionnelle (2).

§ 2.

Action de partage.

L'examen du Titre *Familiæ erciscundæ* au Digeste (X, 2) montre que cette action a pour but de faire obtenir, non seulement la cessation de l'indivision quant aux biens corporels, mais aussi le règlement des droits et obligations qui compètent et incombent respectivement aux parties en leur qualité de cohéritiers. Notre ancien droit l'admit aussi (3). Et il en est encore de même dans le droit actuel, l'art. 828 C. C. indique qu'avant de procéder à la formation

ensuite par Secundus pour 2, que celui-ci a été forcé de payer à sa décharge, au moyen des actions données à l'héritier forcé d'acquitter dans une dette chirographaire et divisible une part héréditaire supérieure à sa part contributoire, hypothèse étudiée par MM. Aubry et Rau, VI, § 637, texte n° 1, *b. V.* cette solution dans Duranton, VII, n° 430, et Aubry et Rau, VI, § 637, n. 16.

(1) Pourquoi cela puisqu'ils se trouvent libérés de l'action éventuelle du créancier. C'est que dans la plupart des cas il sera impossible d'établir le profit réalisé par le détenteur et la caution qui, au moyen du bénéfice de discussion, auraient pu renvoyer le créancier sur les biens de ses débiteurs principaux. Que si même, dans un cas exceptionnel, le profit tiré par eux était établi (par ex. faillite d'un des héritiers lors du paiement effectué par Primus) le recours de Primus par l'action *negotiorum gestorum* serait limité dans sa quotité ou écarté par son obligation de garantie d'après les règles exposées pour l'action de subrogation aux p. 94 et stes; v. aussi, *infra*, chap. II, sect. II, § 2, II, 2°, note, et, même sect. II, note *pænultima*.

(2) Pas de subrogation légale en effet puisque c'est volontairement que Primus paie la part des autres. Quant aux effets de la subrogation conventionnelle dans cette hypothèse nous les expliquerons plus tard (chap. II, sect. II, dernier al.).

(3) Renusson, *De la subrogation*, chap. VII, nos 65 et 69 : « s'il fait le paiement purement et simplement il aura seulement l'action *familiæ erciscundæ* pour reprendre sur les effets de la succession commune ce qu'il a payé en l'acquit de la même succession. » V. aussi Pothier, *Successions*, chap. V, art. IV, éd. Bugnet, VIII, p. 218 *medio*.

de la masse partageable le notaire commis par le tribunal doit dresser les comptes des copartageants entre eux. Or dans ces comptes rentre « , tout ce qu'un cohéritier a mis utilement pour la succession, soit pour en acquitter les dettes et charges. » (1).

Supposant que les dettes qui existent au débit de cet héritier dans le compte soient inférieures à sa créance en recours ou même, pour plus de simplicité, que le compte ne renferme quant à lui que sa créance en recours, il pourra, croyons-nous, pour arriver au paiement de cette créance, obliger ses cohéritiers au rapport de leur dette envers lui (2).

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XVII (Successions¹), n° 74, éd. Bugnet, I, p. 510. Adde Chabot, *Successions*, sur l'art. 828, n° 8, et Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, sur l'art. 828, nos 40, 41, 42.

(2) Sans entrer dans les détails de la théorie du rapport des dettes nous croyons utile de justifier succinctement notre assertion. La généralité du texte de l'art. 829 pris en lui-même rapprochée des Travaux Préparatoires Fenet, II, p. 576) montre que le rapport est dû de toutes les dettes du cohéritier : 1° celles qu'il a contractées envers le *de cujus*, 2° celles qui, postérieurement à l'ouverture de la succession, sont nées à sa charge en faveur de ses cohéritiers à l'occasion de la succession, par ex. détériorations aux biens héréditaires, perception de fruits ou de la totalité d'une dette héréditaire (indivisible). En outre nous pensons qu'il faut appliquer le rapport des dettes à l'hypothèse inverse, celle où un héritier se trouve 1° être créancier de la succession, dette du défunt envers lui, 2° devenir créancier de ses cohéritiers postérieurement à l'ouverture de la succession et relativement à son administration *lato sensu*, par ex. impenses sur les biens héréditaires ou paiement de la totalité d'une dette héréditaire. C'est cette seconde application du rapport des dettes qui fait difficulté. Nous l'admettons pour les raisons suivantes. 1° Les considérations qui justifient le rapport des dettes se trouvent être les mêmes dans l'un et l'autre cas : au cas de dette envers la succession, la loi cherche au moyen du rapport des dettes à répartir cet actif héréditaire (la créance contre l'héritier débiteur) avec égalité entre les cohéritiers (sous le rapport en effet l'héritier débiteur se fût payé intégralement de sa part dans la créance de la succession contre lui par confusion tandis que ses cohéritiers auraient pu ne recevoir de lui qu'un dividende), il est bien supposable qu'elle fasse le même vœu pour la répartition du passif (l'héritier créancier de la succession aurait, au moyen de la confusion, payé la totalité de sa part dans la dette de la succession à son égard et courrait risque de n'être pas intégralement payé de la part des autres héritiers). L'égalité doit régner aussi bien dans la répartition de ce passif héréditaire que dans celle de l'actif prévue expressément par l'art. 829 C. C. 2° On peut aussi tirer en ce sens un argument de texte du rapprochement des art. 828 et 829 C. C. Le

Ce rapport des dettes peut, comme le rapport des dons, s'effectuer de deux manières, en nature ou en moins prenant :

En nature, si Secundus et Tertius, cohéritiers de Primus qui a fait le paiement, lui paient leur part dans la dette.

En moins prenant, s'ils ne paient pas, Primus prélevant alors sur le lot de chacun de ceux qui ne l'ont pas remboursé, le montant de sa part contributoire dans la dette (1). Et grâce à ce prélèvement il a bien des chances d'être remboursé car, à notre avis (2), il peut l'opposer aux créanciers personnels de ses cohéritiers, mais sans

notaire, dit l'art. 828, procédera aux comptes que les copartageants peuvent se devoir, et dans ces comptes figure (ainsi qu'on peut s'en assurer en se reportant au passage de Pothier cité à la note précédente), d'un côté ce qu'un des héritiers devait au défunt plus ce qu'il se trouve devoir à la succession ouverte, d'un autre côté ce qui lui était dû par le défunt et ce qu'il a mis utilement pour la succession. Puis immédiatement arrive l'art. 829 qui dit que chaque cohéritier fait rapport « des sommes dont il est débiteur », ce qui paraît bien viser le reliquat du compte qui vient d'être dressé (Demolombe, *Successions*, IV, n° 475, 4^o), reliquat qui peut être occasionné par la créance d'un des héritiers contre la succession (ses cohéritiers, plus exactement) à raison du paiement par lui effectué d'une dette héréditaire. 3^o Enfin, pour le cas où ce qui précède ne suffirait pas, nous signalerons l'argument d'analogie fourni par l'art. 1470 C. C. : on s'accorde en effet, à raison de l'art. 1872 C. C., à appliquer le rapport des dettes au partage des sociétés dont la communauté entre époux n'est qu'une espèce, or Pothier (*Contrat de Société*, n° 468) applique formellement le prélèvement (conséquence du rapport des dettes) 1^o au cas où l'une des parties est débitrice de la communauté, 2^o au cas où l'un des associés est créancier de la communauté (art. 1470). Nous sommes donc autorisé à penser qu'il en doit être de même de l'héritier créancier de la succession.

(1) Primus, Secundus et Tertius sont héritiers pour parts égales, actif brut 18, dette hypothécaire de 12. Primus paie les 12 et devient ainsi à raison de la succession créancier de Secundus et Tertius chacun pour 4. Des biens héréditaires on fera 3 lots de 6. Sur le lot de Secundus Primus prélèvera 4 et autant sur le lot de Tertius. Il sera ainsi « remboursé sur les effets de la succession de ce qu'il a payé en l'acquit de cette même succession » selon les expressions de Renusson citées, p. 84, n. 3. Que si Primus, avant le partage, a été remboursé par Secundus, il n'aura de prélèvement à opérer que sur le lot de Tertius.

(2) C'est celui de la jurisprudence et de la majeure partie de la doctrine. V. Demolombe, *Successions*, IV, n° 464.

pouvoir l'opposer aux créanciers héréditaires qui ont demandé la séparation des patrimoines (1).

§ 3.

Action de garantie.

Si c'est seulement après le partage (2) que l'action hypo-

(4) Voici pourquoi et en quel sens. Primus, Secundus, Tertius, héritiers pour parts égales, meubles et immeubles de la succession valent 18, dette hypothécaire de 12 payée par Primus, autre dette héréditaire de 12 dont le titulaire est Pierre. Lorsque Primus prétend prélever 4 sur le lot de Secundus et 4 sur celui de Tertius (n. 1, p. 86), c'est à titre de *créancier de ces cohéritiers* du rapport. Mais les créanciers héréditaires au moyen de la séparation des patrimoines écartent sur les biens héréditaires tous les créanciers personnels des héritiers ; Pierre écartera donc par ce moyen Primus en tant qu'il invoque un prélèvement né du rapport de dettes. De sorte que, à l'égard de Pierre, la répartition des biens de la succession entre les héritiers de son débiteur se fera dans la même proportion que la répartition du passif et chaque fraction de l'actif formera le gage exclusif de chaque fraction correspondante du passif : chacun des héritiers prendra 6 d'actif et aura ainsi de quoi répondre des 4 que Pierre peut lui réclamer. Que si Primus se trouve lui-même, soit directement, soit comme subrogé au créancier qu'il a payé, dans la classe des créanciers héréditaires, il concourra avec Pierre sur les biens formant les lots de Secundus et de Tertius : les 6 composant par ex. le lot de Secundus se répartiront *également* entre Primus et Pierre qui auront ainsi chacun 3 par préférence aux créanciers personnels de Secundus. Le prélèvement apporterait une modification dans la répartition des biens sans amener de modification correspondante dans la répartition du passif : Primus prendrait 14, Secundus 2, Tertius 2, de sorte que Pierre, malgré la séparation des patrimoines (qui n'empêche pas la division des dettes), n'aurait comme gage exclusif pour la part du passif, 4, incombant à Secundus et à Tertius qu'une valeur, 2, inférieure à cette part ; il n'obtiendrait ainsi que 2 au lieu des 3 que l'absence de prélèvement lui assure. Voilà l'intérêt que les créanciers héréditaires ont à écarter le droit au prélèvement en invoquant la séparation des patrimoines avant le partage (après, il serait trop tard, le partage ayant été fait conformément à la loi serait opposable à tous). Historiquement d'ailleurs le rapport des dettes avec sa caractéristique, le droit au prélèvement, a été introduit pour mettre le cohéritier créancier à l'abri de l'insolvabilité de ses cohéritiers, mais non pour faire tort aux créanciers héréditaires (Lebrun, *Successions*, liv. III, chap. VI, sect. II, n° 2). Bugnet, sur Pothier, *Obligations*, n° 310, n. 1 ; Demante, III, n° 210 ; Demolombe, *Successions*, V, n°s 22, 46 4°, 214 D. Ces auteurs discutent la question pour le rapport des *dons* en moins prenant et la résolvent en faveur des créanciers héréditaires.

(2) Ce qui s'explique aisément si la créance est affectée d'un terme qui n'échoit qu'après la consommation du partage.

thécaire est intentée contre l'héritier dans le lot duquel l'immeuble hypothéqué a été mis, cet héritier se trouve évincé, soit qu'il paie, soit qu'il délaisse (1), et, par suite, il a contre ses héritiers un recours en garantie (2). Art. 884.

Mais il ne peut exercer ce recours contre chacun d'eux que pour sa part contributoire dans la dette ou dans la valeur de l'immeuble délaissé en y ajoutant, s'il y a lieu, la part que chacun des successeurs solvables doit supporter dans la perte résultant pour le garanti de l'insolvabilité de l'un de ses garants. Art. 885.

L'efficacité du recours en garantie est assurée par un privilège sur les immeubles de la succession (art. 2103, 3°), privilège qui s'exerce sur les immeubles composant chaque lot dans la mesure de la part d'indemnité dont est personnellement tenu le successeur auquel le lot est échu (3) et qui doit, à peine de dégénérer en hypothèque, être ins-

(1) Dans l'un et l'autre cas, il y a éviction au sens des art. 884 et 885 comme des art. 1626 et sts. Pothier, *Vente*, n° 83 ; Duranton, VII, n° 526 ; Demante, III, n° 226 bis, II, *fine* ; Aubry et Rau, IV, § 335, texte n° 2, 1^{er} al. et 2^{me}, a (n. 13) et c ; VI, § 625, n. 32 ; Thézard, *Privilèges et Hypothèques*, n° 286.

(2) Renusson, *De la Subrogation*, chap. VII, nos 65 *fine* et 69 *fine*. Faisons observer que, en fait, ce recours est peu fréquent, car l'hypothèque sur un des immeubles héréditaires, et par suite la créance qu'elle garantit sont généralement connues par l'inscription qui a dû être faite au registre du conservateur des hypothèques. Les héritiers lors du partage prennent alors l'un des deux partis suivants : 1° si la créance est exigible ils la paient ; 2° si le terme n'est pas encore échu, ils ont tout avantage à réserver sur l'actif héréditaire la somme nécessaire pour le paiement et à la déposer chez un notaire, ou à déduire de la valeur de l'immeuble hypothéqué le montant de la dette en chargeant le lot dans lequel cet immeuble est mis d'acquitter la dette, de telle sorte que l'héritier auquel ce lot est attribué n'ait aucun recours à exercer puisque « l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ». Art. 884, 2° al.

(3) Pont, *Privilèges et Hypothèques*, n° 202 ; Demante, III, n° 229 bis, II ; Demolombe, *Successions*, V, n° 369 ; Aubry et Rau, VI, § 625, texte et n. 46 ; Thézard, *op. cit.*, n° 288 ; Colmet de Santerre, IX, n° 55 bis V. Caen, 10 février 1851, D., 55, 2, 5 ; Req., 19 juillet 1864, D., 64, 1, 470.

crit dans les délais déterminés par les articles 2109, C. C., et 6, loi du 23 mars 1855. (1).

SECTION DEUXÈME

ACTION DE SUBROGATION.

L'héritier (Primus) qui, *détenteur* d'un immeuble ou de portion d'un immeuble hypothéqué pour sûreté d'une dette héréditaire, se trouve à ce titre *contraint* de payer la totalité de la dette est légalement subrogé aux droits du créancier (2). Art. 1251, 3°.

(1) Pont, n° 290 ; Colmet de Santerre, IX, n° 70 *bis*, II.

(2) Il est facile de justifier cette proposition qui aujourd'hui n'est plus controversée. Primus est tenu (art. 2167 et 2168 C. C.) réellement du paiement de la totalité de la dette hypothécaire ; dans la mesure de ce qui excède sa part contributoire dans la dette, il est tenu avec d'autres et pour d'autres, pour ses cohéritiers débiteurs personnels, qui, sans le paiement par lui effectué, auraient été poursuivis par le créancier personnellement pour leur part, art. 873. Primus se trouve donc textuellement dans la situation prévue par l'art. 1251 3°, et par suite, il est légalement subrogé en vertu de cet article. Ce qui pourrait en faire douter, c'est la rédaction ambiguë de l'art. 875 qui semble ne prévoir pour l'héritier que la subrogation conventionnelle alors que l'article précédent accorde au légataire dans la même situation la subrogation légale. La subrogation légale accordée à celui-ci est-elle donc refusée à celui-là ? Nullement et l'historique de la rédaction de nos deux articles va nous rendre compte de la différence existant entre leurs termes. Projet de la commission du Gouvernement, L. III, T. I (Des Successions), art. 195 « le légataire qui, par l'effet de l'hypothèque, a acquitté la dette de la succession, *devient le créancier* des héritiers et autres successeurs à titre universel ». Art. 196, comme l'art. 875 actuel. Il n'était question de subrogation légale dans aucun de ces deux articles, mais cette subrogation résultait de l'art. 143, L. III, T. II, du même projet, rédigé comme l'est aujourd'hui l'art. 1251 3°. Les expressions de l'art. 875 « même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits du créancier » n'excluent donc pas la subrogation légale, elles s'y ajoutent et signifient vraisemblablement que la subrogation conventionnelle n'aura pas plus d'effet que la subrogation légale ; peut-être même n'ont-elles été insérées par les membres de la commission qu'inconsciemment, sans but spécial et parce que Pothier (*Coutume d'Orléans*, s. l'art 358), les employait dans la discussion de la question de la division du recours (de son temps

L'effet de cette subrogation sera de faire passer à Primus la créance même du créancier payé et ses accessoires, de telle sorte que Primus puisse l'exercer pour arriver au recouvrement de ce qui dépasse sa part contributoire dans la dette qu'il a payée (1). Primus se trouve donc avoir

l'héritier ne jouissait pas de plein droit de la subrogation, il n'avait que le droit de la requérir du créancier en le payant). Que si on a introduit dans l'art. 195 (aujourd'hui 874) la mention expresse de la subrogation légale, c'est à la suite des observations des tribunaux de Toulouse et de Rennes. Le tribunal de Toulouse (Fenet, V, p. 581) considère bien que le légataire est subrogé de plein droit (en vertu de l'art. 143, L. III, T. II, aujourd'hui 1251 3^o), mais il voudrait que la formule de l'art. 875 fût moins vague et n'en fit point douter. Le tribunal de Rennes (Fenet, V, p. 366 et 367), pour accentuer la différence entre le légataire et l'héritier, voudrait qu'on dit expressément que le légataire est subrogé et a *les mêmes actions* que le créancier, tandis que l'héritier, malgré la subrogation, doit *diviser son recours* proportionnellement aux parts contributoires. Les commissaires du Gouvernement, pour faire droit aux deux observations, indiquèrent que le légataire « demeure subrogé », sans y ajouter de restriction, ce qui implique qu'il peut exercer les actions du créancier comme celui-ci l'aurait pu faire. Aucune modification n'était demandée à l'art. 196 (875). Voilà donc établi que le légataire particulier et l'héritier sont légalement subrogés, mais que le second agissant par l'action de subrogation contre ses cosuccesseurs doit diviser son recours alors que le premier peut agir dans la même mesure que le créancier. C'est cette restriction au droit de l'héritier que nous allons avoir à étudier.

(1) Nous prenons ainsi parti dans la controverse qui existe sur le caractère juridique de l'opération appelée « paiement avec subrogation ». Parmi les divers systèmes qui se sont fait jour sur cette question, systèmes que nous n'avons ni à exposer ni à justifier, nous en signalerons deux qui ont de l'importance au point de vue du recours. 1^{er} système. — La créance du subrogeant est éteinte, mais les garanties accessoires qui en assuraient le paiement se trouvent annexées à la créance nouvelle née au profit du subrogé du paiement qu'il a effectué. Dans notre hypothèse le paiement effectué par Primus a donné naissance en sa faveur à une créance fondée sur *l'in rem versum*, cette créance au lieu d'être purement personnelle sera garantie par les sûretés accessoires de la créance payée. Primus aura donc 1^o son action personnelle, 2^o l'action née du cautionnement, de l'hypothèque ou du privilège transmis par la subrogation. Merlin, *Répertoire*, v^o Subrogation, sect. II, § 1 ; *Questions de droit*, v^o Subrogation de personnes, § 1 ; Bugnet, s. Pothier, I p. 136, 140, 141, 142, 291, 299, 300 ; de Folleville, *Caractères distinctifs du paiement avec subrogation*. 2^e système. — La subrogation est une opération complexe et à double face : dans les rapports du créancier subrogeant avec le subrogé qui le paie c'est un paiement ; dans les rapports du subrogé avec le débiteur dont il a acquitté la dette

une nouvelle action, celle du subrogeant, que celui-ci lui transporte en quelque sorte avec les accessoires qui en assurent ou facilitent le paiement et notamment avec sa garantie hypothécaire.

L'étude de cette seconde action que nous abordons maintenant se divisera en deux parties, car Primus peut, soit agir en vertu de l'hypothèque portant sur des bien autres que ceux détenus par lui, soit intenter l'action personnelle qu'avait le créancier à raison de sa créance avec ses qualités particulières : cautionnement, compétence commerciale, titre exécutoire, domicile élu, indication d'un lieu où le paiement doit être effectué, etc.

§ 1.

Action hypothécaire de subrogation.

Elle implique l'existence, entre les mains de personnes autres que le subrogé, d'immeubles ou de portions d'immeubles hypothéqués à la même dette (1), personnes contre lesquelles l'héritier va recourir par l'action hypothécaire.

Ce peuvent être des tiers étrangers à la succession ou

c'est une cession non pas seulement des accessoires de la créance mais de la créance elle-même. De sorte que Primus, outre les deux actions accordées par le premier système, en aura une troisième, l'action personnelle de subrogation contre les débiteurs principaux. Aubry et Rau, IV, § 321, n. 2; Colmet de Santerre, V, n° 189 *bis*, IV et V; Demolombe, *Contrats*, IV, nos 323 et 326; Laurent, XVIII, nos 3 et sts.

(1) Ceci peut se présenter que le défunt ait hypothéqué un ou plusieurs immeubles à sa dette. Avait-il hypothéqué plusieurs de ses immeubles : il se peut qu'il en ait aliéné de son vivant ou que, par l'effet du partage, ils se trouvent dans le lot de divers héritiers. En avait-il hypothéqué un seul : avant le partage ses héritiers copropriétaires de cet immeuble sont détenteurs de portions d'immeuble hypothéqué, portions qui répondent hypothécairement de toute la dette; peut-être même un des héritiers aliène-t-il sa part à un étranger; par l'effet du partage cet immeuble va être soit matériellement divisé (chacun des nouveaux fonds, partie du fonds hypothéqué, répond de toute la dette), soit mis tout entier au lot d'un des héritiers autre que le subrogé.

des cohéritiers (*lato sensu*) de celui qui a payé. Contre des étrangers à la succession, le recours est régi uniquement par les principes généraux. Contre des détenteurs cohéritiers de celui qui a payé le recours est, au contraire, réglé d'une façon toute spéciale par l'art. 875.

I. — Commençons par faire l'application des principes généraux au *recours du subrogé contre les détenteurs autres que ses cosuccesseurs*.

L'héritier qui a payé réunit en lui deux qualités, celle d'héritier du débiteur principal, celle de tiers détenteur. A titre d'héritier du débiteur principal, c'est-à-dire de débiteur principal lui-même, il ne saurait avoir la prétention de recourir contre les tiers détenteurs qui ne sont que débiteurs accessoires. Mais à titre de tiers détenteur il doit avoir un recours même contre les autres tiers détenteurs.

Ces deux idées nous conduisent aux solutions suivantes : L'héritier pour partie, représentant passivement son auteur pour sa part héréditaire et seulement pour cette part (1), ne saurait avoir aucun recours contre les tiers détenteurs pour la partie de la dette par lui payée qui lui incombait à titre de débiteur principal. Mais pour ce qui excède sa part contributoire il ne l'a payé qu'à titre de tiers détenteur (2), c'est-à-dire à titre de débiteur acces-

(1) L'héritier n'est donc débiteur principal que d'une partie correspondante dans la dette. Cependant un auteur (Gauthier, *Subrogation*, n° 484), pour lui refuser tout recours contre les tiers détenteurs, le qualifie de débiteur *hypothécaire principal* de la totalité. Voilà une expression qui aurait besoin de quelques éclaircissements. Elle est empruntée par Gauthier à MM. Aubry et Rau qui l'employaient dans une hypothèse différente d'une façon incorrecte à notre avis, VI, § 636, n. 48 *fine* (ce codébiteur conjoint qui a hypothéqué un immeuble pour la totalité de la dette n'est, pour ce qui excède sa part dans la dette, qu'une caution réelle et non pas un débiteur hypothécaire principal).

(2) Notre affirmation, d'après laquelle chaque cohéritier, ne représentant passivement son auteur que pour sa part héréditaire, doit être pour le surplus assimilé à un véritable tiers détenteur, conduirait, semble-t-il, à décider que, une fois sa part personnelle dans la dette payée, il pourra comme tout autre tiers détenteur opposer au créancier hypothécaire le bénéfice de discussion, purger, délaisser. Cette décision serait parfaitement

soire, sauf recours quant à cet excédant, recours qu'il peut diriger au moyen de la subrogation légale contre les autres tiers détenteurs. Et, bien que cela soit fort discuté, nous pensons que la subrogation lui donne le droit de demander la totalité de ce qui excède sa part contributoire à l'un quelconque des tiers détenteurs sans aucune répartition (1).

logique ; mais il est un obstacle s'opposant à son application, c'est la disposition de l'art. 1221 1^o, de laquelle il faut conclure, croyons-nous, que l'héritier du débiteur qui a dans son lot un immeuble hypothéqué ne peut contraindre le créancier à recevoir paiement de sa seule part personnelle (Aubry et Rau, IV, § 301, n. 26 ; VI, § 636, n. 49 *fine* ; M. Colmet de Santerre, IX, n^o 151 *bis*, III *fine*) ; par suite le créancier en refusant un paiement partiel conserve au détenteur la qualité de débiteur personnel qui s'oppose à la discussion, à la purge et au délaissement (art. 2170 et 2172). En ce sens, M. Colmet de Santerre, IX, n^o 152 *bis*, XIV, « les personnes qui n'ont pas le bénéfice de discussion ne peuvent pas délaisser » ; MM. Aubry et Rau sont illogiques de permettre le délaissement ; cpr. aussi M. Colmet de Santerre, V, n^o 157 *bis*, I, 1^o, où il permet à l'héritier de délaisser sans même paraître exiger qu'il paie au préalable sa part dans la dette. Si le créancier accepte ce paiement partiel, ou si l'on admet que l'art. 1221 ne lui permet pas de s'y opposer (en considérant son premier alinéa comme une simple application de l'indivisibilité de l'hypothèque), l'héritier se trouve être uniquement tiers détenteur et doit par suite pouvoir délaisser, purger, forcer le créancier à discuter.

(1) La règle est en effet que la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au créancier qu'il a payé, et parmi ces droits se trouve celui de réclamer la totalité à l'un quelconque des tiers détenteurs d'un immeuble hypothéqué à sa créance. A cette règle on ne rencontre dans les textes du code aucune exception ; aucun article ne dit pour les tiers détenteurs ce que disent les art. 875, 1214, al. 1, et 2033 pour les cohéritiers, les codébiteurs solidaires et les cofidéjusseurs ; ce sont là des exceptions qu'il ne faut pas étendre. Gauthier, n^{os} 469-474 ; Laurent, XVIII, n^o 128. Pour bien faire comprendre la diversité des solutions proposées prenons un exemple : une personne décède laissant pour héritiers son père Primus ($\frac{1}{4}$), sa mère Secunda ($\frac{1}{4}$) et son frère Tertius ($\frac{1}{2}$), dette de 12 garantie par une hypothèque portant sur l'immeuble A. Par l'effet du partage A est divisé entre les héritiers en proportion de leurs droits héréditaires sur lui : $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$. Secunda et Tertius cèdent leurs portions au propriétaire voisin Pierre, qui se trouve ainsi détenteur (étranger à la succession, ce que nous supposons au texte), des $\frac{3}{4}$ de l'immeuble. L'échéance de la dette hypothécaire arrivée, Primus sur la poursuite du créancier la paie intégralement ; puis il se retourne hypothécairement contre Pierre. D'après nous il va pouvoir lui réclamer la totalité de l'excédant. D'après la jurisprudence et la plupart des

Ce qui précède s'applique de tous points au détenteur qui tient ses droits d'un des cohéritiers (1) lequel lui a par ex. cédé sa part dans un des immeubles héréditaires, sauf à ce détenteur à recourir : 1° en garantie contre son cédant (2) ; 2° *de in rem verso* contre les cohéritiers du

auteurs il y a lieu, par analogie des 3 articles cités *supra*, à une répartition qui se fait de la manière suivante : Primus détenant $\frac{1}{4}$ de l'immeuble A et Pierre $\frac{3}{4}$, c'est-à-dire 3 fois plus, assumeront la charge des 9 dans la proportion de 1 à 3, Pierre ne pourra être recherché par Primus que pour 6,75. Mourlon, p. 74-79; Aubry et Rau, IV, § 321, texte et n. 83. La répartition s'opérerait d'une façon différente si la part de Pierre dans l'immeuble était supérieure au montant de la dette, ici 9, montant de ce que Primus a payé à titre de détenteur (Mourlon, p. 79). L'immeuble A vaut 24, Primus en a une portion égale à 6 et Pierre 18; Pierre n'est intéressé au paiement des 9 que jusqu'à concurrence de ces 9 et non plus de 18, ce qui n'a lieu qu'autant que la valeur de l'immeuble est inférieure ou égale au montant de la dette. La charge des 9 se répartira entre Primus et Pierre dans la proportion de 6 à 9, ou de 2 à 3, ce qui met à la charge de Primus 3,6 et ne lui permet de recourir hypothécairement contre Pierre que pour 3,4. M. Demolombe *Contrats*, IV, n° 638), donne au tiers détenteur recours pour le tout déduction faite de la valeur de l'immeuble qu'il délient, de sorte que dans notre dernière hypothèse Primus ne pourrait réclamer à Pierre que $9 - 6 = 3$. Tout en maintenant le système du recours intégral qui nous paraît le plus juridique nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que la répartition serait plus équitable.

(1) C'est précisément ce que nous avons supposé dans la note précédente.

(2) Si, bien entendu, il est au nombre des acquéreurs ayant droit à garantie. En invoquant ce droit, il arrivera peut-être à n'être tenu de l'action du subrogé que dans la mesure de la part contributive de son auteur. Voici comment. Supposons trois héritiers, Primus, Secundus, Tertius, Pierre est acquéreur du chef de Tertius de la partie de l'immeuble hypothéqué mise dans le lot de celui-ci. Primus paie la totalité d'une dette hypothécaire, il se retourne par l'action hypothécaire de subrogation contre Pierre auquel il réclame les $\frac{2}{3}$ de la dette. Pierre appelle en garantie son auteur Tertius qui prend son fait et cause. Ceci posé, faisons remarquer que si Pierre est obligé de payer les $\frac{2}{3}$ à lui réclamés, il se les fera rembourser par Tertius; de sorte que Tertius, ayant été contraint de payer plus que sa part dans une dette héréditaire, aura pour l'excédant un recours en garantie de son lot (*infra*, chap. II, sect. II, note *ultima* de l'avant-dernier al.); recours qu'il dirigera contre ses cohéritiers y compris Primus. Primus étant tenu de l'obligation de garantie des lots envers Tertius ne peut pas évincer Tertius et par suite Pierre, il ne peut les forcer à payer que $\frac{1}{3}$ de la dette Tertius intervenant dans l'action intentée à Pierre par Primus opposera à celui-ci une exception de garantie pour tout ce qui excède sa part contributive dans la dette ($\frac{1}{3}$).

subrogé proportionnellement à leur part contributoire ; 3° par l'action de subrogation comme l'aurait pu faire l'héritier qui a payé.

Mais peut être n'en va-t-il plus être tout à fait de même s'il s'agit d'un détenteur qui tient ses droits du défunt, à raison de la qualité de ce détenteur. Est-ce un acheteur, il a droit à la garantie et l'héritier du vendeur, tenu à ce titre de l'obligation de garantie, ne pourra se retourner pour aucune partie (1) contre cet acheteur. Est-ce un donataire, aucune obligation de garantie (2) ne paralysera le recours de l'héritier du donateur contre lui, sauf bien entendu à se retourner, soit par l'action *de in rem verso* contre les héritiers tenus personnellement de la dette, soit par l'action de subrogation, hypothécairement contre d'autres détenteurs et personnellement contre les héritiers.

(1) L'obligation de garantie, en effet, sous sa forme négative « de ne pas troubler l'acheteur » est indivisible ; l'héritier du vendeur qui n'agirait hypothécairement contre l'acheteur que déduction faite de sa part contributoire dans la dette n'en troublerait pas moins cet acheteur dans sa paisible possession. Le juge, pour faire respecter cette obligation indivisible de ne pas troubler, devra déclarer l'héritier du vendeur non recevable en son recours par l'action hypothécaire de subrogation. L'héritier qui a payé toute la dette hypothécaire n'aura alors de recours que contre ses cohéritiers. Sur la nature divisible ou indivisible de l'exception de garantie consulter Larombière, sur les art. 1222 et 1223, nos 17 et sts ; cpr. aussi notre Thèse de Droit Romain, p. 57, n. 3.

(2) Sauf le cas de constitution de dot (art. 1440 et 1547), il n'a pas droit à garantie. Sans doute si le donateur devenu propriétaire de la chose par lui donnée voulait l'évincer, il serait repoussé par une exception de dol. Mais c'est là une exception toute personnelle (Demolombe, *Donations*, III, n° 553) et par ex. le véritable propriétaire devenu héritier du donateur serait admis à évincer le donataire, ce n'est pas lui en effet qui a fait la donation, il ne commet pas de dol en reprenant ou gardant sa chose, il n'est pas permis au défunt de faire une donation avec le bien de son héritier. V. Pothier, *Donations entre-vifs*, sect. III, art. I, § 1, n° 134 ; *contra*, Laurent, XII, n° 391 ; cpr., Moreau, *Revue critique*, 1887, p. 115. De même dans notre espèce le donataire d'un immeuble hypothéqué ne pourra opposer à l'héritier de son donateur, qui agit en recours contre lui par l'action de subrogation, une exception de garantie ; c'est à titre de tiers détenteur subrogé qu'il se retourne contre le donataire après avoir fait confusion pour sa part contributoire.

Est-ce un légataire à titre particulier (1), nous pensons qu'il faut donner la même solution que pour le donataire ; mais son recours contre les héritiers, au cas où la subrogation ne suffirait pas pour le faire rentrer dans ce qu'il a déboursé, sera garanti par l'hypothèque légale que l'art. 1017 lui accorde à cet effet sur les immeubles héréditaires, ceux-là même qui seraient dans le lot de l'héritier qui a payé le tout (2).

II. — Arrivons maintenant au *recours du subrogé contre ses cohéritiers détenteurs* d'immeubles ou de portions d'immeubles hypothéqués à la même dette.

L'art. 875, mettant absolument de côté le droit commun tel que nous venons de l'étudier, décide que l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé la totalité (3) de la dette commune, n'a de recours contre ses cosuccesseurs, même à l'aide de l'action hypothécaire de subrogation (4) que pour la part contributoire de chacun d'eux dans la

(1) Et que l'actif de la succession soit supérieur au passif sans quoi le legs serait sans effet et le légataire sans droit de conserver le bien.

(2) Mourlon (p. 103 et 106) interdit à l'héritier subrogé d'agir contre le légataire à cause d'une sorte d'obligation de garantir l'exécution du legs que l'art. 1017 mettrait à sa charge. Il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi de faire payer en premier lieu les dettes héréditaires ; le légataire n'a pas à s'en plaindre puisque le paiement qu'il effectue ouvre à son profit une action en recours. Si ce recours est insuffisant pour le remplir de son legs c'est alors seulement qu'il aura droit d'invoquer son hypothèque légale sur les immeubles héréditaires. Et si l'hypothèque légale est elle-même insuffisante le légataire, au moyen de la séparation des patrimoines, écartera sur les meubles héréditaires les créanciers personnels des héritiers. Le légataire qui nous occupe se trouve, sauf quant à la quotité de la somme par lui payée hypothécairement, dans la même situation que s'il avait été poursuivi directement par le créancier héréditaire (art. 874).

(3) C'est bien le paiement de la totalité qui est prévu par l'art. 875, l'ensemble de son texte le montre : « même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette », paiement de la dette et non pas d'une partie de la dette.

(4) L'art. 875 parle du recours en lui-même sans s'occuper de l'action au moyen de laquelle ce recours est exercé ; sa décision doit donc s'appliquer à toute action de recours et notamment à l'action hypothécaire de subrogation, « même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits du créancier » dit l'art. 875. Cpr. p. 82, n. 1.

dette (3), part contributoire qui est déterminée d'après les règles exposées par nous aux p. 66 et stes.

Que si, sans payer la totalité, l'héritier détenteur a été forcé de payer au delà de sa part dans la dette, son recours pour l'excédant sera réglé de la même façon (1),

(1) Cette solution n'a pas toujours été admise dans notre droit. La question, qui se pose également pour les codébiteurs solidaires, a suivi l'évolution suivante. A l'origine on s'en tenait à la solution logique, on appliquait le droit commun et le recours était possible pour la totalité de l'excédant. V., pour le recours entre cohéritiers par l'action hypothécaire de subrogation, deux arrêts du Parlement de Paris du 22 septembre 1569 (Charondas, *Réponses*, liv. VI, rép. XI, t. I, p. 207; Bacquet, *op. et loc. infra cit.*); et pour l'action solidaire de subrogation, arrêt du 2 mai 1540 cité par Le Prestre, 1^{re} centurie, chap. VIII, p. 23 *fine*, de l'éd. de 1679; dans le même sens, arrêts de 1584, 1585, 1591, cités par Louet et Brodeau, lettre R, sommaire XI (II, p. 484 et 485, éd. Guy Rousseau de La Combe), arrêt du 14 juin 1586 (Bacquet, *op. et loc. cit.*). La jurisprudence était donc unanime au 16^e siècle pour donner un recours intégral. Cette jurisprudence subsista hors du ressort du Parlement de Paris : arrêts du Parlement de Flandre des 24 février et 14 mars 1696, cités par Merlin, *vo* Subrogation de personnes, sect. II, § V, n^o 4; arrêts du Parlement de Dijon des 1^{er} mai 1698 et 10 avril 1713, rapportés par Thibaut, *Des criées*, chap. XV, § 2; acte de notoriété du Parquet d'Aix du 19 février 1720 (Merlin, *loco cit.*). Mais à partir de la seconde moitié du 17^e s. le Parlement de Paris l'abandonna et décida que l'héritier et le débiteur solidaire devraient diviser leur recours entre les coobligés : arrêt du 22 février 1650 pour le débiteur solidaire (*Journal des Audiences*, t. I, liv. V, chap. 55, p. 454); arrêt du 5 septembre 1674 pour le recours d'un codonataire à titre universel par l'action hypothécaire de subrogation (*ancien Journal du Palais*, I, p. 611); solution donnée également par la Cour de Paris le 30 Ventôse an XIII dans une espèce régie par l'ancienne Coutume de Paris (*Journal du Palais*, 3^e éd., IV, p. 450). Les plus importants de nos anciens jurisconsultes se rangèrent à l'opinion du Parlement de Paris : Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. III, n^o 20; Renusson, *De la Subrogation*, chap. VIII; Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XX, n^o 84; *Obligations*, n^o 281. Nombre d'auteurs préféraient cependant encore le recours pour la totalité de l'excédant : *Journal des Audiences*, *loco cit.*, dernier al.; remarque finale de Guéret (l'exact et le savant comme le qualifie Toullier) sur Le Prestre, 1^{re} centurie, chap. LXIX, p. 216; Lamignon, *Arrêtés*, tit. XXI, n^o 44; Bacquet, *Droits de Justice*, chap. XXI, n^o 242; Auzalet, sur l'art. 333, Coutume de Paris. C'est l'opinion de Pothier et de Lebrun que les rédacteurs du Code ont accueillie tant pour les héritiers (art. 875) que pour les débiteurs solidaires (art. 1214), v. p. 99, n. 2.

(2) Il est en effet impossible d'apercevoir entre les deux hypothèses aucune raison de différence; les art. 875 et 876 se sont bornés à prévoir le cas le plus fréquent, celui du paiement intégral.

c'est-à-dire que le subrogé ne pourra recourir contre les autres successeurs que « pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter dans cet excédant. » Et cette part s'obtiendra en répartissant l'excédant entre eux proportionnellement à leur part héréditaire (1). Art. 875. Et si l'un d'eux était insolvable à l'époque où le paiement a été fait ou si, ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, par ex., la part d'actif par lui recueillie se trouve inférieure à la somme qui forme sa part dans l'excédant, cette portion de l'excédant non payée est répartie sur tous les autres y compris celui qui a fait le paiement au créancier. Art. 876 (2).

De sorte que, même contre les contribuables qui se trouveraient détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette, l'héritier qui a payé ne peut recourir hypothécairement que dans la mesure où de son chef il a déjà un recours par action personnelle. L'effet de la subrogation se borne alors ici (3) à assurer contre les contribuables l'efficacité de ce recours personnel au moyen de l'hypothèque.

(1) C'est là le procédé qui, au cas de paiement intégral, conduit à la solution donnée par l'art. 875 : *part dans la dette*. Supposons en effet trois héritiers, Primus (père), Secunda (mère), Tertius (frère); Primus détient un immeuble hypothéqué à une dette de 12, il paie les 12. Personnellement il en doit supporter, ainsi que nous l'avons démontré p. 66 s., $1\frac{1}{4}$ c'est-à-dire 3; l'excédant est 9 à répartir entre Secunda et Tertius dans la proportion de leurs parts héréditaires $1/4$ et $1/2$ ce qui donne pour Secunda 3 et pour Tertius 6, or ce sont là précisément leurs parts contributives *dans la dette*. L'art. 875 visant le paiement intégral laisse de côté le procédé de répartition et se contente de signaler le résultat : *part dans la dette*. Appliquons maintenant ce même procédé au paiement partiel : l'immeuble ou la portion d'immeuble détenue par Primus ne vaut que 10, il délaisse ou le créancier se contente de recevoir les 10 que Primus lui offre; celui-ci paie 7 au-delà de sa part dans la dette commune. Cet excédant de 7 va se répartir entre Secunda et Tertius dans la proportion de leurs parts héréditaires ($1/4$ et $1/2$) : 2,333 à la mère et 4,667 au frère.

(2) L'art. 876 parle de « *part dans la dette hypothécaire* »; c'est parce qu'il se place dans l'hypothèse visée par l'art. 875, celle de paiement intégral, et qu'alors la part dans l'excédant se confond avec la part dans la dette commune (1^{re} partie de la note précédente); au cas de paiement partiel cette concordance n'a plus lieu et c'est la part « *d'excédant* » non payée qui se répartit.

(3) C'est-à-dire en ce qui concerne l'action hypothécaire, car l'action per-

L'effet de la subrogation se trouve ainsi considérablement restreint puisque, au lieu du recours intégral contre l'un quelconque des héritiers détenteurs, ce qui, d'après nous, est l'effet ordinaire de la subrogation, le recours par l'action hypothécaire de subrogation ne peut avoir lieu que pour une fraction de l'excédant, cet excédant étant réparti, non pas entre les détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, mais entre les cosuccesseurs du *solvens*, qu'ils soient ou non détenteurs (1).

Quel en est le motif ? Pourquoi l'art. 875 ne veut-il pas qu'un des cohéritiers de celui qui a payé la totalité d'une dette hypothécaire puisse se voir rechercher par celui-ci pour la totalité de l'excédant ou pour une part dans cet excédant supérieure à sa part contributoire ?

Les Travaux Préparatoires montrent que les rédacteurs du Code civil, suivant en cela nos anciens auteurs, ont voulu éviter un circuit d'actions (2) qu'ils ont cru possible

sonnelle de subrogation peut présenter certains avantages que nous signalerons plus loin, p. 412, texte et n. 1.

(1) De sorte que l'art. 873 est un article d'exception même pour ceux qui considèrent que le droit commun de la subrogation exige la répartition de la dette entre tous les détenteurs d'immeubles hypothéqués à cette dette, parce que, dans la répartition opérée par l'art. 875, d'une part, on ne comprend pas les détenteurs non héritiers et, d'autre part, on comprend les héritiers non détenteurs.

(2) Voici comment se serait produit ce prétendu circuit, tel que Pothier l'expose à propos des débiteurs solidaires (*Obligations*, n° 281) : Primus, Secundus, Tertius, héritiers pour parts égales, dette hypothécaire de 12, Primus paie la totalité ; s'il recourait contre Secundus pour 8, celui-ci, faisant déduction de sa part dans la dette, 4, pourrait, à titre de subrogé aux droits du créancier hypothécaire primitif, réclamer les 4, qui restent dus, même à Primus, qui se trouverait ainsi contraint de rendre à Secundus ce qu'il lui a fait payer au delà de sa part contributoire ; que Primus se contente donc dès le début de faire payer à Secundus sa simple part contributoire. Tous nos anciens auteurs invoquent à l'envi le danger de ce circuit d'actions pour justifier la division du recours. Et il est certain que les rédacteurs du Code civil ont pleinement adopté cette idée ; pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au rapport fait par Chabot au Tribunal (Fenet, XII, p. 207), et de le rapprocher du passage de Lebrun qui l'a inspiré (*Successions*, liv. IV, chap. II, sect. III, n° 20). Cpr. l'Exposé des motifs du Titre des Contrats par Bigot-Préameneu (Fenet, XIII, p. 256).

ici mais qui, juridiquement, ne pouvait se produire (1) et qui, par suite, n'était nullement à redouter.

Quoiqu'il en soit, la disposition de l'art. 875 est formelle et nous exposerons plus tard (p. 112, texte et n. 3), la considération qui, à notre avis, peut être invoquée avec le plus d'apparence de raison pour la justifier dans sa généralité d'application.

Mais quand bien même l'art 875 n'eût pas été écrit, le recours par l'action *hypothécaire de subrogation* (2) eût toujours dû se fractionner en proportion des parts contributives des héritiers en vertu des règles sur la garantie des lots, règles contenues aux art. 884 et 885 C. C. (3).

(1) Pour une raison fort simple qu'on est tout surpris de voir inaperçue par nos anciens auteurs. « Je (Primus) ne pourrais pas dire, continue Pothier » au n° 281, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier ; car au « moyen de la subrogation, le paiement que j'ai fait m'a éteint la dette que « pour la part dont j'en étais tenu pour moi-même, et non pour le surplus : « au moyen de la subrogation j'ai plutôt acquis la créance du créancier « pour le surplus que je ne l'ai acquittée. Mais étant remboursé par mon « codébiteur qui aurait aussi requis la subrogation, cette créance, pour le « surplus et sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait en la personne de ce codébiteur. Ce ne serait plus moi mais lui qui « serait le *procurator in rem suam* du créancier, et qui, en cette qualité, « aurait droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour le surplus « et de me faire rendre ce qu'il m'a payé ». C'est dans cette dernière proposition (et qui en cette qualité...) que se trouve l'erreur de Pothier, je (Primus) pourrais dire en effet à ce second subrogé (Secundus) : en vous forçant de me rembourser tout l'excédant je vous ai subrogé dans les droits du créancier primitif, je suis à votre égard subrogeant, or il est de règle que « la subrogation ne peut être retournée contre le subrogeant » (arg. art. 1252 C. C.) règle que Pothier exprime lui-même au n° 87 de son *Introduction au T. 20 de la Coutume d'Orléans* « la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier au créancier qui a subrogé », « *nemo contra se subrogasse censetur* » dit Dumoulin (*De Usuris, questio* 89, n° 670). Je (Primus) à l'abri de tout recours de votre part (à vous, Secundus), adressez-vous à Tertius.

(2) Pour l'action personnelle de subrogation il n'en eût pas toujours été ainsi (v. p. 110, n. 1 *fine*) ; c'est pourquoi l'art. 875 n'est pas superflu, ne fait pas double emploi avec les art. 884 et 885, sa décision s'applique en effet à toutes les actions de recours et non seulement à l'action hypothécaire.

(3) Les règles posées par ces deux articles eussent suffi pour l'action hypothécaire. Cette action, en effet, ne peut pas être intentée avant le partage, puisque l'art. 2205 C. C. s'oppose à la saisie d'une part indivise

La solution donnée par l'art. 875 pour le recours entre successeurs forme une exception au droit commun de la subrogation qui, d'après nous (p. 93, texte et n. 1), donne droit au recours intégral. Il faut donc la restreindre au cas prévu par cet article (1) c'est-à-dire celui d'un *successeur à titre universel* qui *par l'effet de l'hypothèque* a payé au delà de sa part dans la dette de l'auteur commun.

A. — Par suite nous ne l'appliquerons pas à l'héritier qui, créancier hypothécaire *du défunt*, veut agir hypothécairement de son chef contre un de ses cohéritiers détenteurs pour la totalité de la dette, sa part confuse (2) ; ni à

d'immeuble et que cet article reçoit application, alors même que le créancier saisissant serait un des copropriétaires et consentirait à ce que l'immeuble entier fût mis en adjudication (Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, V. p. 410). C'est donc seulement après le partage que le subrogé peut recourir hypothécairement contre les héritiers détenteurs de portion divise ou de la totalité d'un immeuble affecté par hypothèque à sa créance. Mais, du jour du partage, existe entre les cohéritiers une obligation réciproque de garantie des lots. Or, si le subrogé eût poursuivi hypothécairement l'un d'eux au delà de sa part contributoire dans la dette héréditaire, celui-ci aurait été évincé puisque, sur l'action hypothécaire, ou il aurait été exproprié, ou il aurait délaissé, ou il aurait payé ce qu'il ne doit pas pour conserver l'immeuble (p. 88, texte et n. 1), il aurait eu dès lors droit à garantie et par suite son cohéritier garant de l'éviction n'eût pu lui-même l'évincer, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*.

(1) La jurisprudence a reconnu cette idée en refusant d'appliquer l'art. 885 dans une hypothèse où il ne s'agissait pas précisément d'une dette propre à l'auteur commun ; la dette était principalement et pour le tout personnelle à l'un des héritiers, l'auteur commun n'en étant tenu que comme caution de ce cohéritier et ayant hypothéqué ses biens en garantie de ce cautionnement. Bordeaux, 14 mars 1865, Roumazeille, Sir., 65, 2, 256.

(2) Cette distinction entre le recours de l'héritier subrogé (art 875) et l'action qu'il peut avoir à intenter de son chef comme créancier du défunt, distinction à laquelle nous conduit le raisonnement juridique, nous paraît être en conformité avec l'esprit de la loi. Voici ce qui le prouve. Nous avons en effet déjà eu occasion d'indiquer que, contrairement au droit commun de la subrogation, l'art. 1214 établit entre les débiteurs solidaires la répartition de l'insolvabilité de l'un d'eux et la division du recours par l'action de subrogation, ce que les art. 876 et 875 font pour les héritiers; et nous avons étudié (p. 97, n. 1) l'origine historique commune de ces dispositions. L'art. 1209 au contraire prévoyant le cas où l'un des débiteurs solidaires agirait de son chef, comme héritier du créancier, lui permet de réclamer à l'un quelconque de ses codébiteurs la totalité de la dette, sa part person-

celui qui, étant en même temps légataire par préciput d'un immeuble hypothéqué, a payé à ce titre la totalité de la dette et veut recourir pour la totalité de l'excédant (1) ; ni à celui qui, non détenteur d'un immeuble hypothéqué, a payé volontairement (2) la dette hypothécaire, comme l'aurait pu faire tout autre tiers, et qui ne peut prétendre exercer son recours au moyen des actions du créancier que s'il a stipulé une subrogation conventionnelle ou s'il s'est fait céder la créance (p. 84, texte et n. 2, et p. 117).

Sauf cependant à cet héritier à se voir opposer l'exception de garantie (3) au cas où il poursuivrait après le par-

nelle confuse. Il est naturel qu'il en soit de même du créancier hypothécaire héritier pour partie de son débiteur et qu'il puisse réclamer de l'un quelconque de ses cohéritiers la totalité de sa dette hypothécaire moins sa part contributive. Pothier il est vrai, contrairement à l'opinion de Lebrun et de Brodeau, refuse à l'héritier créancier action hypothécaire intégrale. Mais il faut bien se pénétrer du motif qu'il en donne : « la garantie réciproque que se doivent les cohéritiers exclut cette solidité » (*Coutume d'Orléans*, s. l'art. 338, éd. Bugnet, I, p. 557). C'est un motif spécial à ce cas pour la solution duquel il n'invoque nullement la solution qu'il vient de donner au cas de *recours* par l'action hypothécaire de subrogation. Et, en effet, cette obligation de garantie, ainsi que nous l'avons dit (p. 100, n. 3) s'opposera toujours quant à l'*action hypothécaire* à l'application de la décision donnée au texte et amènera une solution identique à celle de l'art. 875. Cependant nous croyons utile, non-seulement au point de vue théorique mais même au point de vue des résultats pratiques, de distinguer la règle (différente ici de celle donnée par l'art. 875) de la restriction (indiquée p. 100) qui en paralyse les effets quant à l'action hypothécaire, car lorsque l'héritier, créancier du défunt, agira contre ses cohéritiers par action personnelle, la règle trouvera son application avant le partage, alors que l'obligation de garantie ne peut en paralyser l'effet p. 116, cpr. p. 110, n. 1 *fin*).

(1) Ce n'est pas comme successeur à titre universel qu'il est détenteur, c'est comme légataire à titre particulier, c'est à ce titre qu'il paie la totalité et est subrogé aux droits du créancier. Par suite son recours est réglé non par l'art. 875 mais par l'art. 874, c'est-à-dire par le droit commun de la subrogation, droit commun qu'il faut néanmoins combiner avec l'obligation de garantie lui incombant en sa qualité d'héritier et qui l'empêchera d'agir *hypothécairement*, après le partage, au-delà des parts contributives.

(2) C'est *volontairement* qu'il a payé et non plus *par l'effet de l'hypothèque* comme le suppose l'art. 875, nous sommes donc en dehors de cet article.

(3) Exception que nous avons déclarée indivisible, p. 93, n. 1.

tage (1) l'expropriation de l'immeuble hypothéqué pour une somme supérieure à la part contributoire du détenteur dans la dette (2).

B. — Nous n'appliquerons pas non plus la décision de l'art. 875 à l'héritier bénéficiaire qui a payé, de ses deniers propres, la totalité de la dette commune.

S'il a employé des deniers de la succession, voici quelles en seront les conséquences : ou c'est avant le partage qu'il a payé, le seul effet produit est que l'actif héréditaire est diminué d'autant, il n'y a pas à parler de recours et, par suite, il ne peut pas être question de sa division ; ou c'est après le partage effectué qu'il a payé avec des deniers qui lui ont été attribués par le partage, son recours est régi par les principes précédemment exposés pour l'héritier pur et simple (3) : il est subrogé en vertu de l'art. 1251 3^e comme le serait un héritier pur et simple, car, sur les biens de la succession, il est tenu réellement de la dette hypothécaire, et son recours par l'action hypothécaire de subrogation doit se diviser aux termes de la première décision de l'art. 875. Si, au lieu de payer, il a délaissé, la solution sera la même, il a payé le créancier avec un bien de la succession (4).

Mais s'il a employé à cet effet ses propres deniers (5)

(1) Il ne peut agir auparavant à cause de l'art. 2203 C. C.

(2) La réserve que nous venons d'apporter à la possibilité d'un recours intégral est celle que Pothier a en vue dans le passage, cité à la n. 2 de la page 101, où il invoque la garantie réciproque entre cohéritiers ; son importance est signalée dans la seconde partie de cette même note.

(3) Les principes spéciaux au bénéfice d'inventaire réservés par l'art. 875 *fine* n'ont aucunement à intervenir dans cette hypothèse, c'est la seule qualité d'héritier qui est à considérer. Gauthier, n^o 546 ; Demante, III, n^o 216 *bis*, VII ; Demolombe, *Successions*, V, n^o 85.

(4) Il est admis en effet que le détenteur qui délaisse est, pour le montant du prix d'adjudication qui sert à payer les créanciers du débiteur personnel, subrogé aussi bien que celui qui paie.

(5) Comment l'héritier bénéficiaire fera-t-il preuve de cette particularité, importante puisqu'elle lui donne droit à la subrogation spéciale de l'art. 1251 4^o ? En l'absence de toute disposition particulière sur ce point il nous

il est légalement subrogé aux droits du créancier en vertu de la disposition spéciale (1) de l'art. 1251 4^o, qu'il soit ou non détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette.

paraît que c'est le droit commun des preuves qu'il faut appliquer, les juges pourront exiger la production d'un compte d'inventaire, compte provisoire, établissant que les deniers trouvés dans la succession sont absorbés par les dettes déjà payées à cette époque. Cependant nous devons avouer que les deux auteurs qui seuls s'occupent de cette question de preuve (Bilhard, *Bénéfice d'inventaire*, n^o 103, p. 345 et 346 ; Tambour, *Bénéfice d'inventaire*, p. 258) se contentent de la déclaration faite par l'héritier bénéficiaire dans la quittance qu'il se fait délivrer par le créancier que les deniers avec lesquels le paiement a lieu lui appartiennent en propre. Il nous paraît difficile d'admettre une telle dérogation au principe qu'on ne peut se faire de titre à soi-même, sous ce seul prétexte que son application occasionnerait des lenteurs et des frais que la loi n'a pas dû vouloir rendre nécessaires, alors surtout que dans la matière de la subrogation consentie par le débiteur la loi se montre si exigeante pour la preuve de l'origine des deniers qui servent à faire le paiement (art. 1250, 2^o).

(1) Un texte spécial (1251 4^o) était nécessaire pour lui accorder cette subrogation. Voici en effet quel eût été d'après le droit commun sa situation. L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu sur ses biens personnels des dettes de la succession, s'il les paie *de ses deniers propres* « il ne fait pas le paiement pour lui puisqu'il ne doit rien de son chef, il fait le paiement pour l'hérédité qui demeure débitrice comme elle était auparavant » (Renusson, *Subrogation*, chap. VII, n^o 76), c'est-à-dire que l'héritier bénéficiaire a recours contre elle. Mais le droit commun laisserait à ce recours sa nature de recours personnel à moins de subrogation conventionnelle (que l'art. 1251 4^o vient précisément sous-entendre), car c'est volontairement, comme l'aurait pu faire un tiers, que l'héritier bénéficiaire effectue le paiement, il n'est pas tenu pour l'hérédité et par suite l'art. 1251 3^o ne lui est pas applicable. Il viendrait donc en concours avec les autres créanciers de la succession et serait exposé à n'avoir qu'un dividende. De sorte que, en fait, l'héritier bénéficiaire ne connaissant pas exactement les forces de la succession en craindrait l'insuffisance et se garderait de faire des avances qu'il serait exposé à perdre. Or le paiement opéré par lui à un double avantage : 1^o fait aux créanciers les plus durs et les moins traitables il les écarte de la liquidation qui est ainsi rendue plus facile et moins coûteuse ; 2^o il peut empêcher une saisie intempestive d'un bien héréditaire et sa vente à une époque de baisse. C'est pour inciter l'héritier bénéficiaire à opérer ce paiement que l'art. 1251 4^o lui accorde une subrogation légale qui assure l'efficacité de son recours ; si par ex. la dette est hypothécaire il fera valoir sur l'immeuble l'hypothèque à sa date par préférence aux créanciers héréditaires. Et ces créanciers seraient mal venus à se plaindre, ils sont les premiers intéressés à ce que la liquidation se fasse dans les meilleures conditions possibles. A l'égard des cohéritiers l'art. 875 *fine* maintient à cette subrogation spéciale (cpr. p. 103, n. 3) la plénitude de ses effets. Lebrun (*Successions*, liv. III, chap. IV,

Comment va se comporter cette subrogation ? D'après la théorie que nous avons adoptée sur la nature juridique de la subrogation, celle-ci fait acquérir à l'héritier bénéficiaire une créance hypothécaire contre la succession. Or, l'un des effets du bénéfice d'inventaire est précisément, aux termes de l'art. 875, « de conserver à l'héritier la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle comme tout autre créancier » (1). D'où les conséquences suivantes.

1° S'il est héritier unique (2) il se fera rembourser le montant intégral de la dette de la même façon que le créancier se le serait fait payer, en invoquant le privilège ou l'hypothèque, en concourant au marc le franc sur les biens héréditaires, en agissant contre la caution s'il y en a une (p. 116, texte et n. 1).

2° S'il a des cohéritiers qui aient accepté purement et simplement (3) il pourra, après le partage (4), agir hypo-

n° 19) invoquait aussi en faveur de cette subrogation l'analogie qu'il y a entre l'héritier bénéficiaire appelé à recueillir le reliquat produit par la liquidation et le créancier hypothécaire postérieur en rang qui en rembourse un antérieur (art. 1251 1°).

(1) Ce n'est là que le rappel d'un des effets généraux du bénéfice d'inventaire, art. 802 « l'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage....., 2° de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances. »

(2) Il peut en effet être question de recours même pour cet héritier *unique* si, ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, il paie volontairement de ses deniers la totalité d'une dette héréditaire et que l'actif de la succession soit inférieur au passif, sur cet actif il viendra concourir avec les créanciers héréditaires.

(3) S'ils avaient eux-mêmes accepté sous bénéfice d'inventaire les règles que nous allons poser au texte pourraient se trouver modifiées par l'application des dispositions contenues aux art. 802 et sts.

(4) Avant le partage : 1° il ne peut saisir immobilièrement les parts de ses cohéritiers dans l'immeuble hypothéqué, art. 2205 ; 2° il ne peut, non plus, saisir immobilièrement la totalité de l'immeuble hypothéqué, en y comprenant sa propre part, car, pour la vente de cette part, il lui est interdit (arg., art. 806 C. C.) de prendre la voie de l'expropriation, il doit se conformer aux formalités prescrites par les art. 987 et sts C. Pr. Civ. pour la vente des immeubles d'une succession bénéficiaire. Toulouse, 17 mars 1827, Sir., 27, 2, 226.

thécairement pour le tout contre chacun des biens hypothéqués :

a ceux qui font partie de son propre lot (1) ;

b ceux qui sont tombés au lot de ses cohéritiers sans être obligé de diviser son recours en proportion des parts contributives (2). Il réclamera donc à l'un quelconque d'entre eux la totalité de la dette sans aucune déduction de ce que lui-même pourrait avoir finalement à en supporter dans les limites de son émolument (3), sauf à celui-là

(1) Le bénéfice d'inventaire, en maintenant la séparation des deux patrimoines, a pour effet d'empêcher l'extinction des droits personnels ou réels qui appartiennent à l'héritier contre le défunt ou les biens composant son patrimoine. Par conséquent l'hypothèque que l'héritier bénéficiaire acquiert, du chef du créancier qu'il paie, sur des biens héréditaires subsiste à son profit même quant aux biens que le partage met dans son lot ; de sorte que, si l'immeuble hypothéqué mis dans son lot est converti en argent et qu'un ordre s'ouvre pour la distribution de sa valeur, il y figurera à son rang et sera ainsi remboursé. La valeur de cet immeuble, qu'il se fait attribuer à titre de créancier de la succession, entrera dans le compte d'inventaire et diminuera d'autant le gage dont il est responsable envers les créanciers héréditaires, alors que ce qu'il a payé de ses deniers propres ne pouvait figurer dans ce compte. Agissant ainsi hypothécairement sur l'immeuble mis dans son lot, il se remplit de ce qu'il a déboursé au lieu d'être borné à un recours contre ses cohéritiers qui peut-être ne sont pas détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette.

(2) Aucun doute ne peut subsister sur ce point en présence des termes formels de l'art. 875 *fine* « l'héritier bénéficiaire peut réclamer le paiement de sa créance personnelle *comme tout autre créancier* », or tout autre créancier hypothécaire n'aurait pas à diviser son recours. C'est bien l'hypothèse du recours que prévoit la fin de l'art. 875 et non pas uniquement celle où l'héritier bénéficiaire serait créancier *de son chef*, comme le montrent les termes « sans préjudice néanmoins » par lesquels commence la deuxième partie de cet article, réserve qui s'applique certainement à l'hypothèse prévue auparavant dans la partie principale de l'article. Il n'y a par suite aucune induction à tirer en sens contraire de ces mots « créance personnelle » ; et d'ailleurs, si le législateur avait voulu prévoir le cas où l'héritier bénéficiaire est créancier hypothécaire de son chef, il l'aurait dit en ces mots « le paiement de la créance *hypothécaire* qu'il a *de son chef* ». Le législateur dans la seconde partie de l'art. 875 a entendu réserver d'une façon générale les droits de l'héritier bénéficiaire tels qu'ils résultent pour lui de l'art. 802.

(3) Qu'il n'ait aucune déduction à opérer, c'est ce qu'il est facile de démontrer. L'héritier bénéficiaire, qui paie de ses deniers une dette de la succession, est dans la situation d'un étranger à la succession qui aurait payé

à se retourner contre l'héritier bénéficiaire pour lui réclamer *sur la portion d'actif à lui échue* et comme tout autre créancier héréditaire, sa part contributoire dans la dette et aussi sa part dans les insolvabilités (1). Que si

cette dette en stipulant une subrogation; sur les biens héréditaires hypothéqués il agira comme aurait agi ce tiers c'est-à-dire pour tout ce qu'il a payé. L'effet du bénéfice d'inventaire est précisément de le faire considérer comme étranger à la succession lorsqu'il paie de ses deniers propres et de lui permettre d'agir contre la succession « comme tout autre créancier », art. 875 *fine*. Dans aucun cas il n'a de déduction à subir pas plus lorsqu'il a des cohéritiers que lorsqu'il est héritier unique, sauf à ses cohéritiers à se retourner sur la part d'actif qu'il détient. Il réunit toujours en lui, même au regard de ses cohéritiers (comme le prouve précisément la non division de son recours entre eux, aux termes de l'art. 875 *fine*), deux qualités absolument indépendantes, celle de tiers subrogé et celle de détenteur comptable d'une partie de l'actif. L'obliger, ainsi que le font tous les auteurs, sauf Tambour (*Bénéfice d'inventaire*, p. 258, 259, 260), à déduire du montant de la dette sa part contributoire ou tout au moins son émolument, c'est le forcer à attendre, pour l'exercice de son recours, la fin de la liquidation de la succession et la reddition du compte de bénéfice d'inventaire. L'esprit de la loi nous paraît être de faire peser cette attente beaucoup plutôt sur les héritiers purs et simples que sur l'héritier bénéficiaire, qu'elle veut inciter à payer les dettes héréditaires et qu'elle traite dans ce but « comme tout autre créancier. »

Il est à remarquer que les auteurs, dont l'opinion est contraire à celle que nous préconisons, sont en complet désaccord sur la manière de la justifier, sans paraître, d'ailleurs, attacher de l'importance à cette justification. MM. Aubry et Rau (VI, § 637, n. 17), inventent une présomption pour ne donner la subrogation que dans la mesure de l'excédant. M. Laurent (XI, n° 82, fin du 1^{er} al.), assimile l'héritier bénéficiaire au tiers détenteur et seulement pour ce qu'il paie au-delà de son émolument; mais nous avons déjà indiqué (p. 104, n. 1), que l'héritier bénéficiaire, sur sa fortune personnelle, n'est aucunement tenu de la dette hypothécaire. M. Larombière (s. l'art. 1251, n° 74 *medio*), parle d'un « circuit vicieux à naître des subrogations », circuit qui, juridiquement, ne peut se produire. Enfin, M. Demolombe (*Contrats*, IV, n° 632), ne motive pas sa décision.

(1) L'art. 875 réserve l'application des règles du bénéfice d'inventaire quant au recours de l'héritier bénéficiaire contre ses cohéritiers. Mais lorsque, une fois ce recours exercé pour la totalité de l'excédant, il s'agit pour l'héritier pur et simple de se retourner contre l'héritier bénéficiaire, ce sont les prescriptions des art. 875 et 876 qui doivent être observées, sans toutefois qu'elles puissent imposer à l'héritier bénéficiaire une charge supérieure à son émolument. Dans les limites de cet émolument l'héritier bénéficiaire doit supporter les mêmes charges que les autres; nous avons d'ailleurs observé que la répartition de l'insolvabilité de l'un des contribuables était

cependant, au moment où l'héritier bénéficiaire exerce son recours par l'action hypothécaire, la liquidation de la succession est terminée et l'émolument fixé, il se verra imposer la déduction (1).

Et nous pensons que le recours hypothécaire intégral ne pourra être paralysé par l'exception de garantie (art. 885, C. C.) que dans les mêmes conditions où l'héritier pur et simple actionné pourrait exiger la déduction dont nous venons de nous occuper (2), c'est-à-dire seulement

basée sur l'idée de maintenir l'égalité entre les héritiers lorsque l'un d'entre eux a été obligé de payer la totalité d'une dette héréditaire ; or cette égalité n'en doit pas être moins sauvegardée lorsque l'un des héritiers a accepté sous bénéfice d'inventaire, comme le montre la loi elle-même en l'obligeant au rapport (art. 843).

(1) Il y aurait mauvaise foi de sa part à prétendre se faire payer ce qu'il devrait rendre *immédiatement*. Toute attente ayant disparu il n'a aucun intérêt légitime à se refuser à la déduction ; il n'a en effet rien à redouter des créanciers héréditaires qui ne se présenteraient qu'après l'apurement du compte puisque son émolument s'est trouvé absorbé par cette déduction, avec l'émolument il s'est payé à lui-même une partie de ce que la succession lui devait, les créanciers survenant postérieurement n'auraient de recours que contre les légataires (art. 809). Observons que, en fait, il en sera presque toujours ainsi car l'action hypothécaire de subrogation n'est possible qu'après le partage (art. 2205) et, lors du partage, on aura vraisemblablement liquidé le passif.

(2) La raison en est l'indépendance absolue qui existe entre les deux qualités de l'héritier bénéficiaire : celle de subrogé et celle de détenteur d'une partie de l'actif. Comme subrogé, il peut poursuivre la totalité de ce qu'il a payé de ses deniers propres (comme le ferait tout autre créancier, dit l'article 875), sauf à ses cohéritiers à se retourner contre la portion d'actif qu'il détient pour lui faire supporter une partie de la dette d'après les règles de liquidation des art. 803 et sts. (cpr. la première partie de la n. 3, p. 106). Ses cohéritiers ne peuvent pas plus paralyser son action de subrogation par une exception de garantie tirée de l'art. 885 que ne le peut faire un tiers auquel le défunt aurait vendu un bien qui se trouve appartenir à l'héritier bénéficiaire et que celui-ci revendique, parce que dans les deux cas c'est un droit propre que l'héritier bénéficiaire fait valoir et que c'est seulement l'actif héréditaire qui répond de la garantie (Demante, III, n° 216 *bis*, VII; Demolombe, *Successions*, V, n° 367). Si on estimait que la garantie des lots est due par l'héritier bénéficiaire même sur ses biens personnels (Laurent, X, n° 451) comme cela a lieu pour les successeurs aux biens, on devrait, sans difficulté, décider que l'exception de garantie est opposable à l'héritier bénéficiaire poursuivant contre ses cohéritiers l'expropriation forcée d'un immeuble héréditaire.

s'il y a un émolument dès à présent fixé par suite de la reddition du compte d'inventaire et sauf pour l'héritier bénéficiaire la faculté de s'y soustraire en faisant l'abandon de cet émolument aux termes de l'art. 802 (1).

§ 2.

Action personnelle de subrogation.

I. — *Le créancier* qui, au moyen de son hypothèque, s'est fait payer par un des héritiers tout ou partie de sa créance aurait pu au moyen de son action personnelle agir :

1^o Contre les héritiers de son débiteur.

a. En ne réclamant de chacun d'eux que sa part contributive sauf cependant, au cas de concours d'héritiers légitimes avec des successeurs irréguliers ou des légataires à titre universel, à pouvoir poursuivre les premiers pour une part *héréditaire* calculée abstraction faite des seconds (2) ;

b. En supportant lui-même la perte résultant pour lui soit de l'insolvabilité de l'un de ces héritiers légitimes, soit de son acceptation sous bénéfice d'inventaire, sans pouvoir se retourner contre les autres qui ont payé la part leur incombant personnellement, alors même que des biens provenant de la succession se trouveraient entre leurs mains (3).

(1) Puisque c'est uniquement à cause de la détention de l'émolument et sur cet émolument seul qu'il est tenu de la garantie. Cpr. la note précédente.

(2) V. p. 70, texte et note 1. Que si, à cet endroit, nous avons cru devoir exposer le droit de poursuite personnelle que nous reconnaissons au créancier héréditaire, bien que l'étude du droit de poursuite en lui-même fût en dehors du but de notre travail, c'est que ce droit de poursuite, passant à l'héritier *solvens*, va lui servir à recourir contre ses cohéritiers pour l'excédant de la dette sur sa part contributive, c'est précisément lui qui constitue l'action personnelle de subrogation.

(3) C'est un point généralement admis, il y a désormais autant de dettes distinctes et indépendantes que d'héritiers, le créancier a plusieurs débiteurs désormais étrangers les uns aux autres à son égard. Pothier, *Obli-*

2° Contre une caution qui lui aurait été fournie par le débiteur défunt.

II. — *L'héritier* qui, sur la poursuite hypothécaire du créancier, l'a payé intégralement et auquel, avons-nous dit, la subrogation transfère la créance même du subrogeant, n'aura cependant pas exactement les mêmes droits personnels que ceux reconnus au créancier subrogeant *s'il a accepté la succession purement et simplement*.

1° A ses cohéritiers.

a. Il ne pourra jamais rien réclamer au-delà de leur part contributoire. Art. 875 (1). Mais pour cette quotité

gations, n° 309 ; Duranton, VII, n° 444 ; Demante, III, n° 210 *bis* I ; Demolombe, *Successions*, V, nos 22 et 46 ; Laurent, XI, n° 64 *fine*. Cependant certains auteurs arrivent à lui donner action sur les biens héréditaires formant la part des autres héritiers : 1° avant le partage, en attribuant à la succession non encore partagée un caractère d'indivisibilité qui permettrait à un créancier héréditaire de saisir la totalité d'un bien héréditaire pour le paiement de tout ou *partie* de sa dette (Aubry et Rau, VI, § 583, texte et n. 8 ; § 609, texte et n. 22) ; 2° même après le partage consommé, en admettant que l'un des effets de la séparation des patrimoines est de faire exception au principe de la division des dettes (Demante, III, n° 210 *bis* III 3°) ; M. Lafontaine va jusqu'à reconnaître ce droit au créancier en l'absence de toute séparation des patrimoines parce que « l'action des créanciers sur les biens de la succession en vertu du droit de gage des art. 2092 et 2093 est une action réelle (!) à laquelle s'applique la disposition de l'art. 2083. » (*Revue critique*, 1859, XV, p. 349-353). Nous nous bornons à signaler ces opinions sans entreprendre leur réfutation qui nous entraînerait par trop en dehors de l'objet spécial de notre étude. Rappelons que, au moyen de la séparation des patrimoines, le créancier pourra, sur les biens formant la part de l'héritier son débiteur dans la masse héréditaire, écarter les créanciers personnels de cet héritier et même, croyons-nous, si la séparation des patrimoines est demandée avant le partage, exiger que, à son égard, le lot de chacun des héritiers comprenne la part lui revenant de droit dans les *biens en nature*, sans tenir compte des prélèvements à opérer par certains des héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant ou d'un rapport de dettes. Cpr. p. 30, n. 2, et, pour la justification de ce point particulier, v. Bugnet, s. Pothier, *Obligations*, n° 310, n. 1 ; Demante, III, n° 210 *bis*, II, III 1° et 2° ; Demolombe, *Successions*, V, n° 214 D. Rappelons enfin que le créancier qui nous occupe, outre l'action personnelle que nous étudions pour le moment, jouit d'une action hypothécaire au moyen de laquelle il a pu demander la totalité de la dette à l'un quelconque des héritiers détenteurs de tout ou partie de l'immeuble hypothéqué.

(1) Cet art. 875, supposant un cohéritier qui, par l'effet de l'hypothèque, est contraint de payer la totalité de la dette et prescrivant la division du

il a déjà de son chef les diverses actions que nous avons étudiées ; l'avantage que la subrogation peut lui procurer c'est que l'action personnelle de subrogation lui permet, dans la mesure où elle lui est donnée, d'invoquer les qua-

recours, donne une décision générale s'appliquant au recours en lui-même, par quelque action que ce recours soit exercé, (p. 82, n. 1).

Les rédacteurs du Code ont voulu, avons-nous dit, éviter un circuit d'actions, circuit purement imaginaire d'ailleurs (v. p. 100, n. 1). Pratiquement, peu importe le motif, puisque la décision est formelle. Mais théoriquement, comment justifier la solution de l'art. 875 qui se retrouve dans le premier alinéa de l'article 1214 ? Le motif généralement mis en avant se tire de la garantie existant soit entre cohéritiers soit entre codébiteurs solidaires. Il est bien vrai que les codébiteurs solidaires sont garants les uns à l'égard des autres, mais c'est seulement en ce sens que chacun d'eux doit supporter une partie de la dette et ne pas la laisser tout entière à la charge de celui que le créancier a poursuivi. Eh bien, lorsque celui des trois codébiteurs solidaires qui a payé le tout au créancier réclame les 2/3 à l'un des autres, est-ce qu'il ne se conforme pas à son obligation de garantie en déduisant sa propre part dans la dette ; que le second se retourne contre le troisième pour le dernier tiers. De même les héritiers sont respectivement garants, mais de quoi ? des lots, du maintien des lots tels qu'ils ont été formés. Cette garantie suppose les lots attribués, elle n'a lieu qu'après le partage. Cela suffit sans doute pour que l'action hypothécaire de subrogation ne puisse jamais être exercée par le subrogé au-delà de la part contributive parce que, dans notre droit actuel (art. 2205), l'action hypothécaire ne peut être intentée qu'après le partage, c'est-à-dire à une époque où existe l'obligation de garantie à la charge des cohéritiers. Mais dans notre ancien droit la prohibition contenue dans l'art. 2205 n'existait pas, la saisie des parts indivises des héritiers dans les immeubles de la succession était possible (arrêt du 26 mai 1551, dans Louet et Brodeau, v^o Hypothèque, XI, n^o 8 ; *Adde* Lamoignon, *Arrêtés*, tit. XXI, n^o 44) ; le recours par l'action hypothécaire de subrogation pouvait avoir lieu avant le partage, époque où il ne peut être question de garantie des lots puisqu'il n'y a pas de lots de formés ; la garantie n'aurait alors nullement fait obstacle à ce que le subrogé réclamât à l'un quelconque de ses cosuccesseurs la totalité de l'excédant. Et d'ailleurs sous le Code civil l'action personnelle de subrogation peut, sans aucun doute, être exercée avant le partage, alors que l'obligation de garantie n'existe pas, ne s'oppose pas à ce que le subrogé réclame à son cohéritier légitime sa part *héritaire* calculée abstraction faite des légataires et des successeurs aux biens, supérieure, par conséquent, à sa part contributive. Il nous faut donc chercher, à la division du recours, ordonnée par les art. 875 et 1214, 1^{er} al., un motif autre que l'obligation de garantie. Nous indiquerons, un peu plus loin, qu'il se tire à nos yeux de la répartition de l'insolvabilité de l'un des contribuables opérée entre les cohéritiers ou codébiteurs solidaires solvables par les art. 876 et 1214, 2^e al.

lités particulières de la créance du subrogeant (1) : titre exécutoire, élection de domicile, clause pénale, demeure par la seule échéance du terme, compétence d'un tribunal particulier, indication d'un lieu de paiement, etc.

b. Si l'un des contribuables est insolvable sa part dans la dette se répartira au marc le franc entre tous les autres. Art. 876 (2). Et c'est, croyons-nous, dans cette répartition qu'il faut chercher le véritable motif rationnel de la division générale du recours imposée au subrogé par les art. 875 et 1214, 1^{er} al. (3).

Au moyen de quelle action l'héritier qui a payé la tota-

(1) Il est d'autant plus intéressant de le noter que c'est là l'unique avantage retiré de la subrogation par l'héritier, si l'immeuble qu'il détient est le seul affecté par hypothèque à la garantie de la créance.

(2) Solution absolument certaine ; l'art. 876 se lie intimement à l'art. 875, comme le deuxième alinéa de l'art. 1214 se relie au premier. V. p. 74, n. 3, et p. 75, n. 1.

(3) Il semble que ce soit déjà cette considération qui ait entraîné la conviction des membres du Parlement de Paris lors des arrêts de 1650 et de 1674 qui ont introduit la division du recours (v. p. 97, n. 1). De la répartition de l'insolvabilité résulte en effet : 1^o que le subrogé n'a aucun intérêt sérieux à réclamer tout l'excédant à l'un quelconque de ses cohéritiers (ce que nous disons des cohéritiers est complètement applicable aux codébiteurs solidaires, l'évolution historique a été la même, v. p. 97, n. 1) ; 2^o qu'au contraire, le contribuable poursuivi par le subrogé a un intérêt des plus légitimes à ne pas déboursier plus que sa part contributoire dans la dette et dans les insolvabilités de ses cohéritiers, intérêt que la loi sauvegarde en ne permettant au subrogé de lui réclamer que cette part contributoire. Développons ces deux idées. Lorsque le fardeau d'une dette (ici l'excédant) doit se répartir entre plusieurs, quel avantage procure d'ordinaire au créancier la possibilité de poursuivre l'un des débiteurs *in solidum* (ou pour une quotité dépassant sa part contributoire) ? C'est d'échapper au risque de l'insolvabilité des autres contribuables qui l'atteindrait s'il était forcé de diviser son action entre eux. Or, ici, cette insolvabilité est expressément mise à sa charge, de telle sorte que, s'il avait exigé de l'un d'eux tout l'excédant et qu'un autre fût insolvable, il serait obligé de rendre au premier une partie de ce qu'il en avait reçu. Il est plus simple que le subrogé ne puisse réclamer à chacun des autres contribuables que ce qu'il doit définitivement supporter dans la dette. D'autant plus que le contribuable poursuivi par le subrogé a le plus grand intérêt à ne pas rembourser à celui-ci la part qui lui incombe dans l'insolvabilité de l'un des autres : cette part, en effet, le subrogé est éventuellement appelé à la lui restituer lorsque l'insolvabilité sera constatée, mais peut-être alors le subrogé sera-t-il lui-même devenu insolvable et par suite incapable d'en indemniser le

lité réclamera-t-il aux autres leur part dans l'insolvabilité de l'un d'eux ? Aux héritiers légitimes il réclamera la part leur incombant dans l'insolvabilité d'un successeur irrégulier ou d'un légataire au moyen de l'action de subroga-

contribuable qu'il a poursuivi. Pour nous bien faire comprendre, prenons un exemple : Primus et Secundus héritiers légitimes, Tertius légataire du tiers, dette hypothécaire de 12. Primus paie les 12. S'il se retournait hypothécairement contre Secundus pour 8, celui-ci aurait contre Tertius recours pour 4 ; or, Tertius est insolvable, sa part de 4 se répartit entre Primus et Secundus, Secundus va en réclamer 2 à Primus par la *condictio indebiti*, mais peut-être Primus est-il à ce moment insolvable, de sorte que l'insolvabilité de Tertius retomberait sur Secundus seul. Il est beaucoup plus rationnel et plus juste que Primus ne puisse le poursuivre que pour 4 en principe, sauf à poursuivre en même temps Tertius pour 4 et, au cas où Tertius ne les lui paierait pas, à réclamer à Secundus hypothécairement 6, lui-même supportant les 6 autres. Cela peut aussi se présenter avec l'action personnelle de subrogation : le créancier pouvait réclamer personnellement 6 à Primus et 6 à Secundus, sauf à chacun d'eux à se retourner contre Tertius pour 2 ; il préfère pendant l'indivision saisir l'immeuble. Primus l'un des détenteurs paie les 12. Sans attendre le partage, qui a pu être retardé (art. 815), il veut recourir par l'action personnelle de subrogation ; il commence par se faire rembourser 2 par Tertius puis il prétend réclamer 6 à Secundus. S'il pouvait l'y contraindre, Secundus se retournerait contre Tertius pour 2, mais peut-être ce dernier serait-il alors totalement insolvable et ne lui rembourserait rien. Secundus reviendrait réclamer 1 à Primus qui, s'il était devenu lui-même insolvable, ne l'indemniserait pas, de sorte que Secundus paierait dans la dette 6 et Primus 4 seulement, alors que légalement chacun d'eux devrait supporter 5. Si Primus, Secundus et Tertius étaient codébiteurs solidaires de 12, Secundus pourrait, malgré la répartition de l'insolvabilité de Tertius, se trouver en fait supporter 8 dans la dette et Primus seulement 4 ; il n'aurait pour se défendre aucune exception de garantie comme il y en a une entre héritiers au cas de recours par l'action hypothécaire après le partage. C'est ce résultat qui a choqué le Parlement de Paris et l'a décidé, étant donnée la répartition, à imposer au subrogé la division du recours entre ses codébiteurs solidaires (arrêt de 1650, *Journal des Audiences*, I, p. 454, consulter surtout les deux alinéas qui précèdent le dernier). L'inconvénient qui résulte pour lui de la division de sa poursuite est minime à côté de l'avantage procuré sans aucune injustice à ses codébiteurs. Plus tard, lorsqu'en 1674 la question se présenta entre cosuccesseurs à titre universel (dans l'espèce, des codonataires dont l'un avait payé la totalité d'une rente constituée devant notaires), le Parlement statua sans difficulté comme il l'avait fait dans son arrêt de 1650 (*Journal du Palais*, I, p. 615). Qu'on parcoure ces deux arrêts et on n'y trouvera aucune trace ni du circuit d'actions ni de la garantie, il y est seulement question de la répartition de l'insolvabilité, c'est là qu'est le motif le plus général de la division du recours.

tion (1) ; dans tous les autres cas, il n'aura que l'action naissant à son profit de l'art. 876 (2).

2° A la caution il ne pourra réclamer aucune partie de la dette, car ce qu'il a payé au-dessus de sa part contributive c'est à titre de tiers détenteur, c'est à ce titre qu'il est subrogé, or nous pensons que le tiers détenteur qui paie n'a aucun recours subrogatoire contre la caution. Arg. art. 2037. (3).

III.— Si l'héritier qui a ainsi payé la totalité de la dette hypothécaire est un *héritier bénéficiaire*, de deux choses l'une :

Ou il a payé des deniers de la succession et alors il est subrogé (art. 1251 3°) comme le serait un héritier pur et simple (p. 103, n. 3).

Ou il a payé de ses deniers propres et alors il est subrogé (1251 4°) comme le serait un tiers qui aurait stipulé la subrogation en payant la dette hypothécaire.

(1) Le créancier payé pouvait en effet, laissant les successeurs irréguliers et les légataires de côté, poursuivre les héritiers pour leur part *héréditaire* calculée abstraction faite de la présence de légataires ou de successeurs irréguliers, de l'insolvabilité desquels il leur imposait ainsi le risque. Eh bien, l'héritier subrogé fera de même.

(2) Dans ces cas, le créancier réduit à son action personnelle aurait été obligé de subir les conséquences de l'insolvabilité de l'un des successeurs de son débiteur sans aucun recours contre les autres (v. p. 109, n. 3). L'action de subrogation, qui n'est autre que l'action même du créancier payé, ne donnerait donc au subrogé aucun recours à raison de cette insolvabilité. C'est l'art. 876 qui, répartissant l'insolvabilité de l'un entre les autres, accorde par là même une action pour sanctionner cette répartition, mais ce n'est qu'une action personnelle ordinaire.

(3) C'est le sentiment de MM. Aubry et Rau, IV, § 321, texte et note 84, et Demolombe, *Contrats*, IV, n° 651. Mais alors même que l'on admettrait le tiers détenteur ordinaire à recourir contre la caution (Troplong, *Cautionnement*, n° 429, *Hypothèques*, III, n° 800 *bis* ; cpr. Larombière, *loco infra cit.*), on devrait refuser ce droit à l'héritier qui nous occupe, parce que, bien que ne représentant le débiteur principal que pour partie, il n'en est pas moins tenu d'indemniser la caution pour partie de la somme, *quelle qu'elle soit*, qu'elle paie dans la dette ; l'héritier se trouve donc au regard de la caution dans la même situation qu'il serait en face d'un acquéreur du chef du défunt ayant droit à la garantie, « *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* » v. p. 95, n. 1. *Contra*, Larombière, sur l'article 1252, n° 19, t. IV (2^e édition), p. 415, 416 et 417.

Pour ce dernier cas on arrive aux solutions suivantes :

1° A chacun de ses cosuccesseurs.

a. Il pourra demander, comme l'aurait pu faire le créancier payé, sa part contributoire ou sa part héréditaire dans la dette, part calculée en se comprenant lui-même au nombre des successeurs (1).

b. Mais l'insolvabilité de l'un d'eux restera à sa charge (2) à moins qu'il ne s'agisse d'un successeur aux biens auquel cas il peut la mettre à la charge des héritiers légitimes en

(1) C'est-à-dire que, contrairement à ce que nous avons admis pour le recours par l'action hypothécaire (p. 106, n. 3), l'héritier bénéficiaire recourant par l'action personnelle de subrogation doit faire déduction de sa part dans la dette. Les deux solutions découlent de cette même idée que l'héritier bénéficiaire qui paie une dette héréditaire *de ses deniers propres* peut recourir contre la succession comme l'aurait pu faire le créancier lui-même, or ici, le créancier aurait été obligé de diviser son action personnelle entre tous les successeurs *y compris l'héritier bénéficiaire*, l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire par l'un des héritiers, ne modifiant aucunement la division des dettes au regard du créancier.

(2) Nous avons vu en effet, p. 75, n. 1, que la répartition de l'insolvabilité de l'un des héritiers entre les autres tenait à ce que l'un d'eux, ayant été forcé à raison du caractère hypothécaire de la dette de payer la totalité de celle-ci, l'équité se refusait (ce sont les expressions de Pothier) à ce que lui seul portât le poids de cette insolvabilité. En outre, au point de vue des textes, nous avons fait remarquer (p. 74, n. 3) la corrélation qui existe entre les art. 875 et 876, 876 se plaçant dans la même hypothèse que 875 et n'édicant la répartition de l'insolvabilité « qu'au cas dans lequel un des héritiers ou successeurs a été contraint par l'effet de l'hypothèque de payer la totalité de la dette » (et précisément la fin de 875 met en dehors de ses disposition le cas où l'héritier bénéficiaire paie de ses deniers propres, v. p. 104, n. 1, et p. 105, n. 1). Or l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers propres ne se trouve pas dans cette situation; sur sa fortune personnelle il n'est aucunement tenu à l'égard du créancier héréditaire, c'est donc volontairement qu'il paie et non plus par l'effet de l'hypothèque. Si la loi lui accorde par faveur subrogation de plein droit, cette subrogation par elle-même ne lui donne aucunement droit à la répartition de l'insolvabilité; elle procure certains avantages à l'héritier bénéficiaire qui est notamment soustrait à la nécessité de diviser son recours, mais, par contre, elle ne lui accorde pas le bénéfice que l'art. 876 accorde à l'héritier qui a été forcé de payer la totalité en compensation du désavantage qui résulte pour lui de la nécessité de diviser son recours (v. p. 112, n. 3, la corrélation qui existe entre la répartition de l'insolvabilité et la division du recours).

les poursuivant pour leur part héréditaire (p. 73, texte et notes 1, 2, 3).

2° A la caution il pourra demander tout ce dont il n'aura pas été remboursé, sauf à celle-ci à se retourner ensuite contre la succession pour se faire indemniser de ce qu'elle a payé à sa décharge (1).

Que si c'est à titre de *légataire par préciput* de l'unique (2) immeuble hypothéqué à la dette que l'héritier en a payé la totalité (de même si c'est à titre de créancier personnel du défunt qu'il veut agir) son action personnelle de subrogation est en dehors des art. 875 et 876 (p. 101 et 102), de sorte que cet héritier légataire peut, comme tout créancier étranger à la succession, agir contre ses cosuccesseurs pour leur part soit contributoire, soit même héréditaire (3) en courant le risque de l'insolvabilité de l'un de ses cohéritiers. Mais, à la différence du créancier ordinaire, il ne pourra rien demander à la caution, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire (p. 114, n. 3, *supra*, texte et note 1).

(1) Cette caution fournie par le défunt ne pourra pas lui opposer sa qualité d'héritier du débiteur principal (cpr. p. 114, texte et n. 3) car l'acceptation sous bénéfice d'inventaire a pour effet d'empêcher les tiers que l'héritier poursuit *en son propre nom* (il a payé ici de ses deniers propres) de pouvoir lui opposer aucune exception du chef du défunt ou prise de sa qualité d'héritier. Aubry et Rau, VI, § 618 1^o d.

(2) De telle sorte que le subrogé n'a comme action de subrogation qu'une action personnelle (cpr. p. 112, texte et n. 1).

(3) Mais cette décision ne pourra recevoir exécution qu'avant le partage, le subrogé qui poursuivrait après le partage l'un de ses cohéritiers pour une part héréditaire supérieure à sa part contributoire se verrait repousser par une exception de garantie. Il est en effet généralement admis (Pont, *Privilèges et Hypothèques*, n^o 205; Cass, 2 avr. 1839, Sir., 39, 1, 385) que le cohéritier qui, après le partage, est forcé de payer la totalité d'une dette ou une part supérieure à celle qu'il doit définitivement en supporter, est troublé dans la paisible jouissance de son lot qui se trouve diminué d'autant, et qu'il a, aux termes de l'art. 884 C. C., contre ses copartageants un recours en garantie muni du privilège de l'art. 2103 3^o C. C. Le subrogé garant, à titre d'héritier, de ce que son cohéritier paierait au-delà de sa part contributoire ne peut lui-même le poursuivre pour une part héréditaire supérieure à sa part contributoire.

Cette faculté de recourir contre les cohéritiers légitimes pour une part héréditaire supérieure à leur part contributive doit, par la même raison, être reconnue au *successeur qui*, n'étant détenteur d'aucun immeuble hypothéqué à la dette, *l'a payée volontairement* en stipulant expressément du créancier la subrogation ou en se faisant céder la créance (1). De sorte que, ici (v. aussi p. 102), la subrogation conventionnelle et la cession de créance produisent un effet plus absolu que la subrogation telle qu'elle est réglementée par l'art. 875 ; cela tient à ce que le cas où nous venons de les voir intervenir n'est pas celui de l'art. 875. Mais dans le cas spécial prévu par cet article (successeur à titre universel qui *par l'effet de l'hypothèque,*), cas dans lequel l'art. 1351 3° accorde de plein droit la subrogation, il ne servirait de rien au *solvens*, au point de vue de la quotité du recours, de stipuler une subrogation conventionnelle ou de se faire céder la créance (2).

SECTION TROISIÈME

CHOIX ENTRE CES DIVERSES ACTIONS.

L'héritier qui a payé la totalité de la dette a, pour rentrer dans l'excédant de la dette sur sa part contributive, les diverses actions que nous avons étudiées en elles-mêmes dans les deux sections précédentes. Ces ac-

(1) Mais en fait c'est seulement après le partage qu'un des successeurs peut n'être détenteur d'aucune portion de l'immeuble hypothéqué (v. p. 1, n. 1) à moins cependant qu'auparavant il n'ait aliéné sa part dans cet immeuble. De sorte que le plus souvent c'est après le partage qu'il agira en recours, il se verra alors opposer une exception de garantie s'il poursuit pour une part héréditaire supérieure à la part contributive (v. p. 116, n. 3).

(2) Dans cette hypothèse, en effet, c'est le recours en lui-même que l'art. 875 réglemente, abstraction faite de l'action par laquelle ce recours s'exerce ; quelle que soit l'action récursoire, la détermination de la quotité du recours par l'art. 875 s'impose.

tions rendront le plus souvent son recours efficace. Chacune d'elles présente des avantages particuliers qui la feront choisir par le *solvens* suivant la variété des circonstances.

Nous ne pouvons fournir sur les motifs qui détermineront le choix du *solvens* que quelques considérations.

L'héritier qui veut recourir a payé avant le partage ou après.

I. — Le plus souvent, en fait, ce sera avant le partage.

Pour se faire rembourser il a : 1° l'action de partage, 2° l'action hypothécaire de subrogation qu'il ne peut exercer contre ses cohéritiers qu'après le partage (2205), 3° les actions, personnelle de subrogation, *de in rem verso* ou *gestorum negotiorum*.

1° S'il attend jusqu'au partage il a bien des chances d'être remboursé grâce au rapport des dettes et au prélèvement qui en est la conséquence.

2° S'il ne veut pas attendre jusqu'au partage, soit parce que la liquidation de la succession présente des difficultés qui en retardent la solution, soit parce qu'une convention entre héritiers a retardé l'époque du partage, soit par tout autre motif, c'est vraisemblablement l'action personnelle de subrogation qui aura ses préférences car elle lui offrira les avantages particuliers attachés à la créance qu'il a payée, et même, s'il est héritier bénéficiaire ayant payé de ses deniers propres, il pourra agir contre les cautions ; mais il se peut que l'action *de in rem verso* soit la seule possible si par ex. la dette héréditaire est actuellement prescrite à l'égard de ses cohéritiers (Aubry et Rau, VI, p. 686 *initio*).

3° S'il a attendu jusqu'au partage et que cependant les biens héréditaires n'aient pas suffi à l'indemniser, soit parce que les créanciers héréditaires ont empêché le prélèvement, né du rapport des dettes, de s'exercer à leur détriment, soit même parce que l'on admet pas que ce prélèvement s'exerce à l'égard des créanciers personnels

des héritiers, il a, outre les deux actions qu'il pouvait déjà exercer avant le partage, l'action hypothécaire de subrogation par laquelle il arrivera peut être, dans l'ordre ouvert sur l'immeuble, à primer tous autres créanciers.

II. — Lorsqu'il paie la dette après le partage il le fait volontairement ou forcément.

1° Volontairement. Il a l'action *negotiorum gestorum* et peut être l'action née d'une subrogation conventionnelle (légale, s'il est héritier bénéficiaire payant de ses deniers propres) ; on peut comprendre qu'il préfère la première à la seconde si ses cohéritiers sont solvables parce que les avances faites par le gérant d'affaires portent, à notre avis, intérêt de plein droit.

2° Forcément. Il a les actions *de in rem verso*, de subrogation, de garantie. La plus avantageuse est l'action de garantie qui est munie d'un privilège sur les immeubles de la succession. S'il n'y a pas d'immeubles héréditaires c'est l'action personnelle de subrogation qui interviendra.

CHAPITRE TROISIÈME

Inconvénients de la nécessité d'un recours.

Moyens de s'y soustraire.

On comprend facilement combien il est fâcheux pour un successeur d'avoir à payer au créancier hypothécaire la totalité de la dette dont il ne doit en définitive supporter qu'une partie, de faire ainsi l'avance des parts contributives de ses cosuccesseurs sauf à recourir contre eux, car ce recours peut être divisé et se trouver illusoire par suite de leur insolvabilité (1).

(1) Ces inconvénients apparaissent nettement au cas d'une rente perpétuelle garantie par une hypothèque. Que le débi-rentier meure, le crédi-

Il ne peut cependant pas être question de dépouiller le créancier de son droit de poursuite intégrale en le forçant à la fractionner ; il a eu soin de se faire concéder une hypothèque précisément pour échapper à la division du droit de poursuite lors de la mort de son débiteur et au risque de l'insolvabilité de l'un des héritiers.

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher les moyens d'éviter la nécessité d'un recours qui peut être inefficace.

Le plus simple et aussi le plus radical est de payer la dette et d'éteindre ainsi complètement le droit d'action du créancier.

Si la dette est échue ce paiement devra être effectué dans la liquidation de la succession ; chacun des héritiers est en droit d'exiger que les valeurs héréditaires servent à éteindre les dettes héréditaires et qu'on ne partage que ce qui reste après le paiement des dettes.

Mais la dette peut ne pas être échue.

A. Ou bien c'est dans l'intérêt du débiteur que le terme a été stipulé.

Ses héritiers peuvent, *d'un commun accord*, y renoncer et payer le créancier hypothécaire avant le partage. Mais, à défaut de consentement unanime, l'un d'eux ou la majorité d'entre eux ne pourrait imposer aux autres la renonciation au bénéfice du terme et le paiement immédiat. Exception est faite cependant par l'art. 872 pour le cas d'une

rentier réclamera vraisemblablement l'intégralité des arrérages à celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué et celui-ci se retournera contre ses cohéritiers pour leur faire supporter leur part contributive ; mais son recours risque de se fractionner de plus en plus car la rente est perpétuelle et les contribuables peuvent décéder laissant de nouveaux héritiers, d'où division continue et progressive du recours. Et, comme les arrérages se paient tous les 6 ou 3 mois, c'est 2 ou 4 fois par an qu'il y aura lieu à recours ainsi fractionné. Alors même que le détenteur de l'immeuble hypothéqué effectuerait le rachat de la rente pour se soustraire aux poursuites du crédi-rentier, ce qu'il pourrait réclamer à ses cosuccesseurs ce serait seulement le paiement des arrérages leur incombant personnellement et non le remboursement de leur part dans le capital qui a servi au remboursement parce que le rachat ne peut être imposé aux débiteurs d'une rente.

rente perpétuelle (1) garantie par une hypothèque spéciale ou générale (2), l'un quelconque des héritiers peut contraindre les autres au rachat immédiat de manière à rendre l'immeuble hypothéqué libre avant la formation des lots (3). Art. 872.

B. Ou bien c'est dans l'intérêt du créancier.

Il ne peut dépendre des héritiers du débiteur, alors même que tous seraient d'accord, de priver le créancier du bénéfice de son terme. C'est ce qui a lieu notamment en matière de rente perpétuelle lorsque le crédi-rentier a stipulé que le rachat ne pourrait avoir lieu qu'après un certain temps (Art. 530 et 1911).

(1) Le remboursement du capital de la rente n'est pas exigible et cependant le débi-rentier est libre de l'effectuer quand bon lui semble ; on peut dire, à notre point de vue, que ce remboursement est affecté d'un terme indéfini dans l'intérêt du débiteur, celui-ci étant maître d'y renoncer.

(2) Il est communément admis, malgré les termes de l'art. 872 « par hypothèque spéciale », que le premier parti qu'il indique reçoit son application même au cas d'hypothèque générale. Demolombe, *Successions*, V, nos 90 et 88.

(3) En décidant ainsi la loi porte atteinte au principe de l'indépendance des héritiers les uns à l'égard des autres pour la part qui leur incombe dans chacune des dettes héréditaires (v. p. 409, n. 3), indépendance qui devrait les autoriser à prendre chacun un parti différent, les uns rachetant la rente, les autres préférant payer les arrérages en conservant le terme indéfini qu'ils ont pour le rachat. Cette atteinte se justifie, pour le cas de rente perpétuelle, par l'utilité qu'il y a à éviter au cohéritier, dans le lot duquel se trouvera l'immeuble hypothéqué, la nécessité de payer à chaque échéance la totalité des arrérages en n'ayant qu'un recours risquant de se morceler de plus en plus, sans pouvoir l'éviter même en rachetant la rente (v. p. 419, n. 4). L'art. 872, article d'exception, doit être strictement restreint au cas qu'il prévoit. Or il ne vise que les rentes (et même les seules rentes perpétuelles car seules elles peuvent être remboursées) ce qui exclut sans aucun doute les simples créances hypothécaires à terme. D'ailleurs le motif justifiant l'art. 872 pour la rente perpétuelle ne se rencontre plus pour la dette ordinaire, le détenteur aura droit de la payer intégralement au créancier ce qui lui donnera contre ses cohéritiers un recours pour leur part dans le capital de la dette éteinte, recours qui n'aura lieu qu'une seule fois. En ce sens : Chabot, s. l'art. 872, n° 6 ; Duranton, VII, n° 440 ; Demaute, III, n° 207 bis, I ; Demolombe, *Successions*, V, n° 95, 2^{me} partie ; Aubry et Rau, VI, § 636, texte et n. 31 ; Laurent, XI, n° 74. *Contra*, Toullier, IV, n° 560.

Au cas où le paiement n'a pas lieu avant le partage soit par ce qu'il est impossible, soit par ce que les héritiers ont jugé préférable de ne pas l'effectuer (1), deux autres moyens s'offrent à eux pour atténuer les inconvénients du recours.

1° Ils peuvent s'entendre sur la formation, par un apport commun en proportion de leurs parts héréditaires, et le dépôt chez un notaire de la somme nécessaire, pour payer la dette ou produire les arrérages de la rente, le notaire étant chargé de rembourser ceux d'entre eux qui paieraient la totalité ou leur part dans la dette.

2° Si la dette est garantie par une hypothèque spéciale portant sur un immeuble déterminé (2) les successeurs peuvent déduire de l'estimation de l'immeuble le montant de la dette en convenant que celui d'entre eux dans le lot duquel cet immeuble sera mis devra supporter la totalité de la dette, sans aucun recours (3) possible au cas où il serait forcé de la payer au créancier. Ce procédé est même imposé aux successeurs par l'art. 872 (4) lorsqu'il s'agit d'une rente perpétuelle garantie par une hypothèque.

(1) Les héritiers peuvent tenir à conserver le bénéfice du terme qui existe en leur faveur parce que la dette ne produit à leur charge que des intérêts peu élevés, au lieu que, s'il leur fallait emprunter actuellement des capitaux pour la rembourser, ils ne les obtiendraient peut-être qu'à un taux plus élevé.

(2) Ou même sur plusieurs. Mais, s'ils ne peuvent pas être mis tous dans le même lot, les successeurs n'arriveront pas à éviter le recours puisque le crédi-rentier pourra poursuivre pour le tout l'un quelconque des successeurs auxquels un des immeubles hypothéqués aura été attribué.

(3) Nous avons déjà (p. 88, n. 2), avec l'art. 884, 2^me al., signalé une telle convention à propos de l'action de garantie. Ce n'est pas seulement l'action de garantie qui est écartée par cette convention, c'est le droit même en recours car, en payant la totalité de la dette, il n'a payé que sa part dans la dette (p. 73 et 74).

(4) De sorte que, lorsque la rente n'est pas rachetée, les successeurs ne peuvent pas convenir que son service demeurera indivis entre eux. En cela, la loi porte atteinte à la liberté des conventions en général (art. 1134) et en particulier à celle qu'elle proclame en matière de partage (art. 849). La plupart des auteurs se sont refusés à reconnaître cette atteinte, mais elle nous paraît commandée par le texte de l'art. 872. Cet article, pour le

Il faut noter que cet arrangement, volontaire ou forcé, entre héritiers ne diminue en rien les droits du créancier qui conserve la faculté d'agir par son action personnelle divisée contre les successeurs autres que le détenteur de l'immeuble hypothéqué (1), ceux-là auront alors recours contre le détenteur pour la partie de la dette par eux payée (2).

cas spécial de la rente perpétuelle, se préoccupe des inconvénients qui résulteront, même pour l'ordre public, de la naissance périodique d'un recours divisé entre les successeurs du défunt, et il cherche à les éviter. A cet effet, il ne se borne pas à indiquer aux intéressés la voie qu'ils pourront suivre, ce qui eût été parfaitement inutile et même déplacé dans une loi, ce n'est pas là l'œuvre du législateur, il édicte deux dispositions précises, formelles, toutes deux faisant exception au droit commun, portant toutes deux atteinte à la liberté et à l'indépendance des successeurs. La première, nous l'avons vu, autorise l'un d'eux à imposer aux autres sa volonté, à les contraindre d'opérer le rachat de leur part personnelle dans la rente alors que peut-être ils préféreraient continuer le service des arrérages. La seconde, celle qui nous occupe, décide que, au cas où la rente ne sera pas rachetée, on la mettra tout entière à la charge du lot qui renfermera l'immeuble hypothéqué dont la valeur sera diminuée du montant de la dette. Il suffit de lire la seconde partie de l'art. 872 pour être convaincu de son caractère impératif ; ses termes ne peuvent, à notre avis, laisser aucun doute à cet égard. En ce sens, Chabot, s. l'art. 872, n° 4. Mais en sens contraire et pour des considérations à l'adresse du législateur, Aubry et Rau, VI, § 636, n. 27 ; Demolombe, *Successions*, V, n° 97 ; Laurent, XI, n° 73. Il est curieux de remarquer que M. Demolombe qui, par respect pour la liberté des conventions, se refuse à appliquer le caractère impératif de la seconde disposition de l'art. 872, arrive à une transaction qui annihile cette liberté : il autorise un seul des héritiers à imposer aux autres le second procédé, de même qu'il peut leur imposer le premier ; ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire.

(1) V. p. 74. En fait ce sera fort rare, le créancier préférera demander en une seule fois la totalité par l'action hypothécaire.

(2) Leur part contributoire dans la dette étant nulle, tout ce qu'ils paient au créancier ils le paient au-delà de leur part contributoire, et, par suite, ils ont recours contre celui à la décharge de qui ils l'ont payé. D'ailleurs l'art. 872 réserve formellement ce recours, « il doit en garantir ses cohéritiers ».

POSITIONS

PRISES DANS LA THÈSE.

1° Droit Romain.

I. — L'obligation *fundum tradendi* est indivisible, ce qui n'empêche nullement la transmission par tradition de la possession et de la propriété d'une part indivise du fonds (p. 44 et p. 39, n. 1).

II. — L'obligation de constituer hypothèque, si tant est qu'elle se présente en fait, est divisible (p. 30).

III. — L'*actio personalis de usufructu* dont parlent la l. 16 pr., *De usufr.*, III, 33, la l. 1 pr., *Quib. mod.*, VII, 4, et le fr. 61, *Fr. Vat.*, est l'action qui sanctionne l'*obligatio ususfructus dandi* et non pas l'action née de la promesse de laisser s'exercer une servitude convenue (constitution des servitudes par pactes et stipulations) (p. 25, n. 2).

IV. — L'obligation de garantie est toujours indivisible, que l'exécution en soit réclamée sous forme d'action ou sous forme d'exception (p. 34 et p. 57).

2° Droit Français.

I. — Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué qui paie la dette hypothécaire n'a pas l'action *negotiorum gestorum* mais seulement l'action *de in rem verso* (p. 84, n. 3).

II. — Le créancier a contre les héritiers légitimes de son débiteur action pour une part héréditaire calculée abstraction faite de la présence des légataires et des successeurs irréguliers (p. 70, n. 1).

III. — La seconde disposition de l'art. 872 C. C. s'impose aux héritiers du débiteur d'une rente perpétuelle hypothéquée sur un immeuble déterminé qui ne procèdent pas au rachat de cette rente avant le partage de la succession (p. 122, n. 4).

IV. — La division du recours imposée à celui des héritiers qui, par l'effet de l'hypothèque, a dû payer plus que sa part dans la dette ne doit pas être étendue à l'héritier qui, créancier hypothécaire du défunt, agit contre ses cohéritiers sa part confuse (p. 101, n. 2).

PRISES HORS DE LA THÈSE.

1^o Droit Romain.

I. — En principe le débiteur d'une obligation divisible ne peut, sans le consentement du créancier, faire de paiement partiel le libérant pour partie.

II. — Le jurisconsulte Paul dans la l. 12, *De pign. et hyp.*, XX, 1, parlant d'une *pignoris conventio* à l'occasion d'une servitude prédiale rurale, vise non pas une servitude déjà établie mais une servitude à établir.

III. — Au cas d'inexécution d'une obligation indivisible de *facere* le créancier ne peut obtenir contre l'un quelconque des héritiers du débiteur condamnation que *pro parte*.

IV. — La promesse « *emptori rem habere licere* » ne comprend pas le trouble provenant du fait d'un tiers.

V. — Sous le système des *Legis actiones* les condamnations prononcées sur l'action en revendication étaient pécuniaires.

2^o Droit civil français.

I. — L'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers propres la totalité d'une dette chirographaire et divisible jouit, comme garantie de son recours contre ses cohéritiers, de la subrogation légale de l'art. 1251 4^o pour la totalité de la dette.

II. — La preuve de la résiliation du bail n'est pas régie par l'art. 1715 C. C. mais reste soumise au droit commun.

III. — La garantie des lots incombe à l'héritier bénéficiaire comme aux héritiers purs et simples mais il ne la doit que sur les biens héréditaires.

IV. — La caution n'est pas soumise au recours du tiers détenteur subrogé aux droits du créancier hypothécaire qu'il a payé.

V. — Les avances faites par le *negotiorum gestor* portent intérêt de plein droit.

3° Matières diverses.

I. — Constitue un forfait la présomption de 5 % de revenu édictée par l'art. 2, loi du 29 juin 1872, pour les sociétés dépourvues de conseil d'administration et par suite ces sociétés doivent payer l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières à raison de 5 % de leur capital même en l'absence de bénéfices.

II. — Au cas où le créancier a reçu un à-compte de la caution, celle-ci n'étant pas en faillite mais le débiteur principal y étant déjà lors de ce paiement partiel, ce n'est ni l'art. 544 C. Co. ni les art. 542 et 543 qu'il faut appliquer, mais le droit commun lui-même de sorte qu'on devra procéder ainsi : calculer les dividendes revenant au créancier et à la caution en les comprenant tous deux dans la masse, calculer ensuite le dividende qu'aurait eu le créancier si la caution n'avait pas produit, et donner au créancier le droit de prélever la différence sur le dividende attribué à la caution.

III. — Le mineur de 16 ans acquitté faute de discernement ne doit pas supporter les frais du procès.

IV. — Il n'est pas permis de saisir directement une juridiction du deuxième degré sans que celle du premier degré ait été saisie.

V. — Les traités d'extradition n'ont pas besoin d'être soumis à l'approbation des Chambres.

Vu par le Président de la Thèse :

E. GARSONNET.

Vu par le Doyen :

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

AVANT-PROPOS.....	4
Définition. — Intérêt de la distinction. — Plan.....	3
CHAPITRE I. <i>Obligaciones dandi</i>	7
Section I. Transfert de la propriété.....	10
1° D'une ou de plusieurs <i>species</i>	11
2° D'un <i>genus</i> ou de plusieurs <i>species</i> sous une alter- native.....	12
3° D'une <i>quantitas</i>	14
Section II. Constitution d'une servitude prédiale.....	18
Section III. Constitution d'une servitude personnelle.....	23
§ 1. Usufruit.....	23
§ 2. Usage.....	26
§ 3. Habitation.....	27
§ 4. <i>Opera servorum</i>	27
Section IV. Constitution d'un droit de superficie ou d'emphytéose.	28
Section V. Constitution de l'hypothèque.....	29
CHAPITRE II. <i>Obligaciones faciendi</i>	31
I. Simple manifestation de l'activité. — Garantie.....	32
II. Fait s'appliquant à une ou plusieurs choses exis- tantes, sans exiger ni art ni création.....	34
III. Fait ayant pour objet une certaine création (<i>opus</i>)..	47
IV. Mise de l'activité d'une personne au service d'une autre, pendant un certain temps.....	49
V. Conclusion d'une opération juridique.....	50
Remarque. Plusieurs faits identiques.....	54
CHAPITRE III. <i>Obligaciones non faciendi</i>	55

DROIT FRANÇAIS .

PRINCIPE DU RECOURS.....	61
CHAPITRE I. Part que le cohéritier <i>solvens</i> doit lui-même supporter dans la dette.....	63
CHAPITRE II. Actions récursoires.....	80
Section I. Actions nées directement de la personne de l'héritier qui a payé.....	80
§ 1. Actions <i>de in rem verso</i> et <i>negotiorum gestorum</i>	80
§ 2. Action de partage.....	84
§ 3. Action de garantie.....	87
Section II. Action de subrogation.....	89
§ 1. Contre les détenteurs d'immeubles hypothéqués	91
I. Autres que les cosuccesseurs.....	92
II. Contre les cosuccesseurs.....	96
§ 2. Contre les débiteurs personnels.....	109
I. Droits du créancier.....	109
II. Droits de l'héritier pur et simple.....	110
III. Droits de l'héritier bénéficiaire, etc.....	114
Section III. Choix entre ces diverses actions.....	117
CHAPITRE III. Inconvénients de la nécessité d'un recours, moyens de s'y soustraire.....	119

ERRATA & ADDENDA

DROIT ROMAIN.

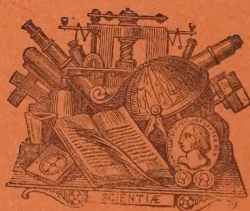
Page 4, n. 1,	lisez : L. 41 § 1.	au lieu de L. 4.
— 8, n. 1, ligne 3,	— <i>Si quis Stichum</i> ,	— <i>Si Stichum</i> .
— 8, n. 1, dernière ligne,	— <i>præstetur</i> ,	— <i>præstatutur</i> .
— 19, note, ligne 39,	— <i>Die Lehre.....Obligationen</i> .	
— 26, n. 2, ligne 2,	— L. XVI,	au lieu de L. 12.
— 31, n. 1, ligne 7,	— par ex.....,	— par ex.
— 32, texte, ligne 21,	— y aille,	— n'y aille.
— 32, n. 2,	— XVII,	— XVIII.
— 34, texte, ligne 13,	ajoutez : (v. p. 57), après tard.	
— 37, n. 1, ligne 8,	lisez : <i>viginti</i> , au lieu de <i>virginti</i> .	

DROIT FRANÇAIS.

— 62, n. 3, dernière ligne,	lisez : § 2, I, 1 ^o , b, p. 109).	
— 65, n. 2,	ajoutez : Laurent, IX, n ^o 196.	
— 68, n. 1, ligne 8,	lisez : p. 210, n. 2, au lieu de p. 210, n. 1.	
— 70, n. 1, lignes 21 et 24,	— 5/6, 4/9,	— 1/2, un tiers.
— 74, n. 2, ligne 6,	ajoutez : p. 123, n. 2), après chap. III <i>fine</i> .	
— 74, n. 3, dernière ligne,	— p. 101),	— <i>medio</i> .
— 75, n. 1, ligne 8,	— p. 93, n. 1,	— § 1, I.
— 76, n. 1, dernière ligne,	lisez : § 2, I, 1 ^o , b, p. 109).	
— 77, note, ligne 7,	ajoutez : Laurent, XI, n ^o 66; XIV, n ^{os} 87 et 101,	après <i>medio</i> .
— 78, note, ligne 35,	— art., avant 1009.	
— 81, n. 3, ligne 5,	lisez : Ducaurroy au lieu de Ducauroy.	
— 82, n. 1, ligne 7,	ajoutez : p. 99 et stes), après § 1, II.	
— 83, n. 1, dernière ligne,	p. 101 et stes),	— <i>medio</i> .
— 84, n. 1,	p. 114, n. 3 et p. 117, n. 1, après <i>pæ-</i>	<i>nultima</i> .
— 84, n. 2,	p. 117), après al.	
— 91, texte, ligne 5,	lisez : cette action de subrogation, au lieu	de cette seconde action.
— 94, n. 2, ligne 14,	ajoutez : p. 116, n. 3), après al.	
— 114, n. 3, ligne 9,	lisez : où il,	au lieu de qu'il.
— 124, 1 ^o III, ligne 1,	l. 16 pr., C.,	— l. 16, pr.
— 124, 1 ^o III, ligne 2,	l. 1 pr., D.,	— l. 1, pr.







SAINT-BRIEUC. — IMPRIMERIE FRANCISQUE GUYON, RUE SAINT-GILLES.